كفاية النبيه

شرح التنبيه

في فقه الإمام الشافعي

تأليف

الإمام الفقيه أبي العباس نجم الدين أحمد بن محمد ابن الرفعة

المتوفى ٧١٠ هـ

ويليه

الهداية إلى أوهام الكفاية

تأليف

الإمام الشيخ جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي

المتوفى ٧٧٢ هـ

دراسة وتحقيق وتعليق

الأستاذ الدكتور مجدي محمد سرور باسلوم

الجزء التاسع

المحتوى:

تتمة كتاب البيوع

Title	: **KIFĀYAT AL-NABĪH ŠARḤ AL-TANBĪH**	**كفاية النبيه شرح التنبيه**	: **الكتاب**
Classification	: Shafeit jurisprudence	فقه شافعي :	**التصنيف**
Author	: Imām Najmuddīn Ibn al-Rifʿah	الإمام ابن الرفعة :	**المؤلف**
Editor	: Dr. Majdi Muḥammad Surūr Bāsallūm	د.مجدي محمد سرور باسلوم :	**المحقق**
Publisher	: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah	دار الكتب العلمية ـ بيروت :	**الناشر**
Pages	: 10464 (20 volumes)+general glossary	10464 (20 جزءاً)+ الفهارس العامة :	**عدد الصفحات**
Year	: 2009	2009 :	**سنة الطباعة**
Printed in	: Lebanon	لبنان :	**بلد الطباعة**
Edition	: 1st	الأولى :	**الطبعة**

DKi
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon
Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.
Tel: +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



ISBN 978-2-7451-6388-2

بسم الله الرحمن الرحيم

باب ما يجوز بيعه، وما لا يجوز

أي: مما يعتقد جوازه لكونه كان بيعًا في الجاهلية.

اعلم أن المذكور في أكثر الكتب عدُّ شرائط المبيع خمسًا:

أن يكون طاهرًا، منتفعًا به، مملوكًا للعاقد - وزاد بعضهم: أو لمن يقع العقد له؛ ليدخل فيه الولي والنائب، وهو صحيح لكن يدخل معهما الفضولي، فإن العقد إذا صح منه وقع للمالك - مقدورًا على تسليمه، معلومًا.

وزاد بعضهم شرطًا سادسًا، وهو : ألا يتعلق به حق قربة لازمة؛ ليخرج به أم الولد والمكاتب والموقوف، والعبد الذي نذر السيد عتقه، على الصحيح.

وقيل: إنه لا حاجة إلى ذلك؛ فإن شرط القدرة على التسليم يتضمن ذلك.

وفي الذخائر: عدَّ شرائطه سبعًا:

الأول: أن تكون العين قابلة للبيع ومحلًّا له، وذلك يتضمن الطهارة والانتفاع. وأن تكون غير محرمة.

والثاني: أن تكون مملوكة للعاقد ملكًا مستقرًّا.

والثالث: القدرة على التسليم.

والرابع: أن تكون معلومة.

والخامس: السلامة من الرِّبا فيها.

والسادس: الخلاص من مقارنة ما لا يجوز العقد عليه.

والسابع: أن يؤمن عليها العاهة.

والشيخ -رضي الله عنه- أتى في هذا الباب من الشروط السبعة، ما عدا الخامس

والسابع، وذكر الخامس في الباب الثاني، والسابع في الباب الثالث، لكنه أتى بها من غير ترتيب.

قال: لا يصح البيع إلا في عين طاهر، فأما الكلب والخنزير والخمر والسرجين والزيت النجس، فلا يجوز بيعها.

السرجين والسرقين واحد، وهو الزبل، ويقال: بكسر السين وفتحها.

والأصل في عدم جواز بيع الكلب: [ما روى][(١)] الشافعي ومسلم والبخاري بإسنادهم عن أبي مسعود الأنصاري أنه ﷺ: «نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن»[(٢)] ومهر البغي وحلوان الكاهن حرامان فكذلك ثمن الكلب.

وروى فيه ابن عباس - أيضًا-: «فإن جاء يطلب ثمنه فاملأ كفه ترابًا»[(٣)]، أخرجه أبو داود.

فإن قيل: روى جابر: أنه - عليه السلام - نهى عن ثمن الكلب والسِّنَّور إلا كلب صيد[(٤)].

---

(١) سقط في د.

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ٤٢٦) كتاب البيوع، باب: ثمن الكلب، حديث (٢٢٣٧)، ومسلم (٣/ ١١٩٨) كتاب المساقاة، باب: تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي، حديث (٣٩/ ١٥٦٧)، وأبو داود (٣/ ٧٥٣) كتاب البيوع، باب: ما جاء في ثمن الكلب، حديث (٣٤٨١)، والترمذي (٣/ ٥٧٥) كتاب البيوع، باب: ما جاء في ثمن الكلب، حديث (١٢٧٦)، والنسائي (٧/ ٣٠٩) كتاب البيوع، باب: بيع الكلب، وابن ماجه (٢/ ٧٣٠) كتاب التجارات، باب: النهي عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن، حديث (٢١٥٩)، وأحمد (٤/ ١١٨، ١١٩، ١٢٠)، والدارمي (٢/ ١٧٠ - ١٧١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٥١)، والبيهقي (٦/ ١٢٦)، والبغوي في شرح السنة (٤/ ٢١٥) من حديث أبي مسعود البدري قال: نهى رسول الله، عن ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن. وقال الترمذي: حسن صحيح.

(٣) أخرجه أحمد (١/ ٢٧٨، ٢٨٩)، وأبو داود (٢/ ٣٠١) كتاب البيوع، باب: في أثمان الكلاب، حديث (٣٤٨٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٥٢)، والبيهقي (٦/ ٦) كتاب البيوع، باب: النهي عن ثمن الكلب، وأبو يعلى (٤/ ٤٦٨) رقم (٢٦٠٠) من طريق قيس بن حبتر عن ابن عباس قال: نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب، وإن جاء يطلب ثمن الكلب فاملأ كفه ترابًا. وأخرجه أبو داود الطيالسى (١/ ٢٦٣ - منحة) رقم.١٣١٧) من طريق عبد الكريم الحزرى عن رجل من بنى تميم عن ابن عباس به. وأخرجه أيضا النسائي (٧/ ٣٠٩) كتاب البيوع، باب: بيع الكلب، من طريق ابن جريج: أخبرنى عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ في أشياء حرمها وثمن الكلب.

(٤) تقدم.

وهذا يدل على صحة بيع كلب الصيد؛ فوجب حمل ما ذكرتموه من الحديث على غيره جمعًا بين الحديثين.

فجوابه: أن الحديث موقوف على جابر على الصحيح - كما قاله الدارقطني - وهو حجة أيضًا على من صار إلى صحة بيعه؛ فإنه لا يقصره على كلب الصيد. وقد قيل في معناه: ولا كلب صيد؛ لأنه جاء في اللغة مثل ذلك؛ قال الشاعر: [من الوافر]

وكـــل أخ مــفــارقـــه أخـــوه لـعـمـرو [أبيك][1] إلا الـفـرقـدان[2]

معناه: والفرقدان.

وفي الخنزير والخمر: ما روى مسلمٍ عن جابر بن عبد الله -رضي الله عنهم- أنه سمع رسول الله ﷺ عام الفتح - بمكّة - يقول: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، فقيل: يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة فإنه يُطْلَى[3] بها السُّفن، وَيُدْهَنُ بها الجُلُود، وَيستصبحُ بِهَا[4] الناسُ؟ فقال: «لا، هو حَرامٌ». ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: «قَاتل الله اليهود؛ إن الله لمَّا حرَّم عليهم شُحُومها [جَمَلُوه ثم][5] باعوه فأكلوا ثمنه»[6].

وروى البخاري أيضًا معناه.

---

(١) سقط في ج.

(٢) البيت لعمرو بن معديكرب في ديوانه، ص (١٧٨)، ولحضرمي بن عامر في تذكرة النحاة، ص (٩٠).

(٣) في ج: تطلى. (٤) في ج: به. (٥) سقط في د.

(٦) أخرجه البخاري (٤/ ٤٢٤) كتاب البيوع، باب: بيع الميتة والأصنام، حديث (٢٢٣٦)، ومسلم (٣/ ١٢٠٧) كتاب المساقاة، باب: تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، حديث (٧١ / ١٥٨١)، وأحمد (٣/ ٣٢٤، ٣٢٦)، وأبو داود (٣/ ٧٥٦ - ٧٥٧) كتاب البيوع، باب: في ثمن الخمر، والميتة، حديث (٣٤٨٦)، والترمذي (٣/ ٥٩١) كتاب البيوع، باب: ما جاء في بيع جلود الميتة والأصنام حديث (١٢٩٧)، والنسائي (٧/ ٣٠٩ - ٣١٠) كتاب البيوع، باب: بيع الخنزير، وابن ماجه (٢/ ٧٣٢) كتاب التجارات، باب: ما لا حل بيعه، حديث (٢١٦٧)، وأبو يعلى (٣/ ٣٩٥ - ٣٩٦) رقم (١٨٧٣) وابن الجارود (٥٧٨)، والبيهقي (٦/ ١٢) كتاب البيوع، باب: تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، والبغوي في شرح السنة (٤/ ٢١٨) من طريق يزيد ابن أبي حبيب عن عطاء بن أبي رباح عن جابر به. وقال الترمذي: حسن صحيح.

وفي السرجين والزيت النجس، وما في معناهما [من الأعيان النجسة والمتنجسة][(١)]: ما روى أبو داود عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه»[(٢)]، وذلك محرم؛ فكان ثمنه محرمًا.

وبالقياس على الجيفة دون جلدها، والعذرة؛ فإن الإجماع منعقد على بطلان بيعهما، وإن كان في الجيفة منفعة إطعامها جوارح الصيد، وفي العذرة منفعة تسميد الأرض.

قال الغزالي: ثم الإجماع على ذلك يدل على أنه لا علة لبطلان البيع إلا النجاسة، وقد يمنع بغير ذلك، ويقال: بل العلة عدم المنفعة المقصودة، فإن البيع لا يعتمد مجرد المنفعة؛ بل لا بد من منفعة مقصودة، وهذا النوع من الانتفاع ليس بمقصود.

وجوابه: أن من ذهب من العلماء إلى صحة بيع الأعيان النجسة يراعي فيها مثل تلك المنفعة؛ فلا جرم حسن[(٣)] الاستدلال به عليه.

ولا فرق في الخمر بين أن تكون محترمة أو غير محترمة.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنه لو ألقى العصير وعناقيد العنب في الدن بنية الخل وصار خمرًا، فلا خلاف في أنها نجسة.

وهل يجب الضمان على من أراقها؟ وهل يحل بيعها؟ كان -رحمه الله- يحكي فيه[(٤)] وجهين، أظهرهما: أنه لا يحل البيع، ولا ضمان على المريق كالمصفّى.

وفي «النهاية» في كتاب الرهن: أن الشيخ أبا علي حكى ترددًا في طهارتها وجواز بيعها.

واعلم أن ذكر الشيخ هذه الأمثلة ليس لتعداد الصور من غير مزيد فائدة، بل لمعنىً حسنٍ، وهو أن الخنزير والخمر متفق على بطلان بيعهما، والكلب والسرجين

---

(١) سقط في د.

(٢) أخرجه أحمد (١/ ٢٤٧، ٢٩٣)، وأبو داود (٢/ ٣٠٢) كتاب البيوع، باب: في ثمن الخمر والميتة، حديث (٣٤٨٨)، والبيهقي (٦/ ١٣) كتاب البيوع، باب: تحريم بيع ما يكون نجسًا لا يحل أكله، كلهم من طريق أبي الوليد عن ابن عباس قال: رأيت رسول الله ﷺ جالسًا عند الركن قال: فرفع بصره إلى السماء فضحك فقال: «لعن الله اليهود، ثلاثا، إن الله تعالى حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها، وإن الله تعالى إذا حرم على قوم أكل شئ حرم عليهم ثمنه».

(٣) في د: تمكين.

(٤) في جـ: جزم.

مختلف في صحة بيعهما عند بعض العلماء.

فذكر الخنزير ليقاس عليه الكلب؛ بجامع ما اشتركا فيه من استوائهما في النجاسة والحيوانية والانتفاع، فإن الكلب كما هو منتفع به كذلك الخنزير منتفع به في صلاح الخيل.

وذكر الخمر ليقاس عليه السرجين؛ بجامع ما اشتركا فيه من النجاسة والجماديَّة والانتفاع؛ فإن الخمر ينتفع بها بمصيرها خلًّا، كما ينتفع بابن اليوم بالكبر، وذكر الزيت النجس ليبين به أن الأعيان المتنجسة بالمخالطة حكمها -فيما ذكرناه- حكم الأعيان النجسة، وذكر الزيت في هذا المقام أحسن من ذكر العسل المتنجس؛ لأنه إذا جزم بعدم الصحة في الزيت مع اختلاف العلماء [في إمكان](١) تطهيره - على ما سنذكره - كان ذلك فيما لا يمكن تطهيره أولى.

ثم حيث شرعنا في ذلك فنقول: ذهب أبو العباس بن سريج، وأبو إسحاق إلى أن الزيت والشيرج والبزر إذا وقعت فيه نجاسة يمكن تطهيره، وأن ذلك جائز وصورة ذلك: أن يوضع في إناء فيه قلتان من الماء، ثم يحرك ويثقب أسفل ذلك الإناء، فإذا خرج الماء سُدَّ.

وذهب غيرهما على ما حكاه صاحب «الإفصاح» وغيره إلى عدم إمكان تطهيره.

وقال الرافعي: «إنه الأظهر»، وأيده بما سنذكره عنه.

وحكى الجيلي وغيره أن الخلاف في ذلك مبني على اشتراط العصر في غسل النجاسة، فمن اشترطه قال بعدم إمكان التطهير.

ثم إذا قلنا بعدم إمكان التطهير(٢) لم يصح بيعه عند العراقيين، وعند المراوزة فيه وجهان مبنيان على جواز الاستصباح(٣) بالدهن المتنجس، وفيه قولان مبنيان على أن الدخان هل هو طاهر أم نجس؟ والذي ذهب إليه الشيخ أبو محمد أنه نجس كالرماد؛ فإنه نجس على المذهب.

وحكى القاضي الحسين وجهًا أنه طاهر وإن حكم بنجاسة الرماد.

قال الإمام: وهو الذي يظهر؛ فإن الذي ثار محض أجزاء الدهن.

ثم الخلاف في الدخان مبني - على ما حكاه الجيلي - على أن النار هل تطهر أم لا؟

---

(١) في جـ: فيها. (٢) في د: تطهيره. (٣) في جـ: الاصطباح.

والصحيح من المذهب عند القاضي الحسين - على ما حكاه في «التعليق» - إن الاستصباح[(١)] به جائز، وهو يوافق إيراد الغزالي في «الوجيز»، وبه جزم الشيخ في «المهذب»، وقال: الأولى ألا يفعل. وكذلك ابن الصباغ جزم بجواز الاستصباح به، وكذلك في شحم الميتة.

وفي الرافعي: أن الظاهر عند الأصحاب منع الاستصباح[(٢)] بالزيت النجس[(٣)].

وإن قلنا بإمكان التطهير فالذي ذهب إليه المراوزة جواز بيعه، والذي ذهب إليه بعض العراقيين أن في جواز بيعه وجهين:

أحدهما:- ويحكى عن ابن أبي هريرة-: أنه يجوز كالثوب النجس.

وأصحهما - على ما حكاه الرافعي، وبه قال أبو إسحاق-: أنه[(٤)] لا يجوز.

[ووجهه الرافعي:][(٥)] بأنه - عليه السلام - لما سئل عن الفأرة توجد في السمن، قال: «إن كان جامدًا فَأَلْقُوها وما حولها، وإن كان ذائبًا فأريقوه»، ولو كان جائزًا لما أمر بإراقته، وهذا أجدر ما يحتج به على امتناع التطهير.

والذي حكاه البندنيجي في «تعليقه» أنه ينظر على هذا القول: إن كان معظم الانتفاع بالمتنجس لم يذهب [بالتنجيس][(٦)] [كالبذر فيجوز وجهًا واحدًا؛ فإن الاستصباح[(٧)] به جائز بكل حال، وإن كان معظم الانتفاع][(٨)] بالمتنجس قد ذهب كالزيت والشيرج ونحو ذلك، فإن المقصود منه الأكل وقد فقد، ففي جواز بيعه وجهان.

فقد ظهر[(٩)] لك مما ذكرناه عدم صحة بيع الزيت النجس على الصحيح من المذهب كما جزم به الشيخ، وهو موافق أيضًا لما حكاه القاضي الحسين في «التعليق»: أن الشافعي نص في الأطعمة على أنه لا يجوز بيع الزيت النجس، وأنه

---

(١) في جـ: الاصطباح.

(٢) في جـ: الاصطباح.

(٣) قوله: وفي الرافعي أن الظاهر عند الأصحاب: منع الاستصباح بالزيت النجس. انتهى كلامه.
وهذا النقل غلط على الرافعي؛ فإن الموضع الذي ذكر الرافعي فيه المسألة هو صلاة الخوف، وقد صحح هناك الجواز في الشرحين معًا، وعبّر فيهما بالأظهر، وصححه - أيضًا - النووي، ولم يتعرض للمسألة في هذا الباب. [أ و].

(٤) في جـ: لأنه.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في د.

(٧) في جـ: الاصطباح.

(٨) سقط في د.

(٩) في جـ: ذكر.

خُرِّج فيه وجه: أنه يجوز.

وقد ضعف مجلي بناء المراوزة الخلاف مع القول بعدم إمكان التطهير(١)؛ فإن أكثر ما فيه جواز الانتفاع به في وجه مخصوص، وهذا لا يسلط على بيعه مع الحكم بنجاسته كالكلب والسرجين.

ثم حكم الماء النجس حكم الزيت النجس عند العراقيين في آخر الخلاف؛ من حيث إن المقصود الأعظم منه التطهير والشرب، وهو ممتنع، وفي الرافعي: أن بعضهم أشار إلى الجزم بالمنع.

وقال: بلوغه إلى حد الكثرة ليس بتطهير، ولكنه يستحيل من صفة النجاسة إلى [صفة](٢) الطهارة؛ كالخمر تتخلل، وهذا على القول بجواز بيعه.

فرع: الصبغ النجس، هل يجوز بيعه؟ فيه وجهان يجريان أيضًا في الخل النجس لإمكان الصبغ به. قاله القاضي الحسين.

وهذا الخلاف كالخلاف في الزيت النجس على القول بعدم إمكان تطهيره.

قال: ويجوز بيع الثوب النجس وكذا ما في معناه من [آجر](٣) أو خشب أو حجر، وغير ذلك مما نجاسته بالمجاورة؛ لأن البيع وارد على العين وهي طاهرة، وما جاورها من النجاسة يزول عن قرب.

وهذا يشابه ما قاله البندنيجي(٤) في البزر؛ من حيث إن معظم الانتفاع به باق، وهو اللبس، ودفع الحر والبرد.

ثم هذا إذا لم تستره النجاسة، أما إذا سترته، ففي «التتمة»: أنه لا يصح بيعه، وفي الرافعي: تخريجه على بيع الغائب.

فرع: إذا كانت قرية يسكنها المجوس أو عبدة الأوثان لم يجز شراء الذبيحة منها، وإن أمكن أن يكون فيها مسلم أو كتابي، حكاه ابن الصباغ.

قال صاحب «الفروع»: وكذا لو كان في البلد مسلمون ومجوس لم تحل أيضًا، إلا أن يكون المسلمون أكثر فتحل.

قال: ولا يصح إلا فيما فيه منفعة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم

---

(١) في د: التطهر.
(٢) سقط في د، ج.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: القاضي.

﴿بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩] وما لا منفعة فيه غيرُ متقوِّم فبذل العوض في مقابلته سفه؛ فأكله من أكل المال بالباطل.

قال: وأما الحشرات والسباع التي لا تصلح للاصطياد- أي: ولا للقتال [عليها][(١)] - فلا يجوز بيعها؛ لعدم المنفعة.

وهكذا الحكم في الطيور التي لا تصلح للاصطياد، ولا التفات إلى ما يتحصل من جلدها وأجنحتها.

وحكي عن القاضي الحسين وجه في جواز بيع السباع لأجل جلودها، وهو جارٍ في الحمار الذي تكسرت قوائمه، وفي الطيور إذا كان في أجنحتها فائدة.

ومنهم من لم يُجْرِهِ في الطيور.

وفرق بأن الجلود يمكن تطهيرها ولا سبيل إلى تطهير الأجنحة[(٢)].

وأما السباع التي تصلح للاصطياد كالفهد والنمر والهرة، وكذا ما يمكن القتال عليه - كالفيل فيجوز بيعها؛ لوجود المنفعة المقصودة.

وفي الفيل والهرة وجه: أنه لا يجوز بيعهما، حكاه في «الحلية»[(٣)].

---

(١) سقط في د.

(٢) قوله: وحكي عن القاضي الحسين وجه في جواز بيع السباع لأجل جلودها، وهو جارٍ في الحمار الذي تكسرت قوائمه، وفي الطيور إذا كان في أجنحتها فائدة، ومنهم من لم يجره في الطيور، وفرق بأن الجلود يمكن تطهيرها، ولا سبيل إلى تطهير الأجنحة. انتهى كلامه.

والذي امتنع من إجراء الوجه في الطيور وفرق بهذا الفرق، هو الرافعي؛ فإنه نقل عن الإمام إجراء الوجه فيه، ثم قال ما نصه: هكذا قال الإمام، لكن بينهما فرق؛ فإن الجلود تدبغ فتطهر، ولا سبيل إلى تطهير أجنحته. هذا لفظه، والفرق المذكور ليس بصحيح؛ فإن الانتفاع بالريش في النبل ونحوه من اليابسات جائز، والبيع وقع في حال الطهارة؛ لأن الكلام في بيع الطير، ومع كونه باطلًا فليس طريقة لبعض الأصحاب وخلافًا ثابتًا عندنا، على خلاف إيراد المصنف في الموضعين. [أ و].

(٣) قوله: وأما السباع التي تصلح للاصطياد كالفهد والنمر والهرة، وكذا ما يمكن القتال عليه كالفيل - فيجوز بيعهما؛ لوجود المنفعة المقصودة، وفي الفيل والهرة وجه: أنه لا يجوز بيعهما؛ حكاه في «الحلية». انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما ذكره من جواز بيع النمر لإمكان الاصطياد به، قد ناقضه في ش«رح الوسيط» فجزم بأنه لا يجوز بيعه، وبأنه من الحيوانات التي لا يمكن الصيد بها، وكلام الرافعي والنووي فيه - أيضًا - مختلف، وقد أوضحته في المهمات.

الأمر الثاني: أن هذا النقل المذكور عن «الحلية» غلط؛ لأنه إن أراد «حلية» الروياني فليس للفيل فيها =

وكذا يجوز بيع القرد؛ لأنه يُعَلَّم الأشياء فيتعلم، وبيع دود القز جائز أيضًا.

وفي بيع العَلَق - وليس فيه إلَّا مصلحة مص الدم - وجهان: أظهرهما الجواز.

وفي بيع السم الطاهر الذي لا يستعمل قليله في الأدوية وجهان في «الحاوي»، وجه الجواز: الاعتماد على قتل الكفار به[١].

ويجوز بيع الزرزور، والطاوس للاستمتاع بصورته، وكذا ما يستمتع بصوته[٢].

= ذكر، وذكر الهرة، ولكن جزم بجواز بيعها. وإن أراد «حلية» الشاشي - وهو المعتاد منه ومن غيره عند الإطلاق - فهو على العكس مما قاله الروياني فإنه ليس للهرة فيها ذكر، وجزم في الفيل بالجواز، وإنما حكى الخلاف قبل استئناسه وتعلمه فقال ما نصه: فأما ما لا نفع فيه من الحيوان ويرجى نفعه في الثاني: كالفهد الذي إذا علم نفع، والفيل إذا تأنس حمل وقاتل - ففي جواز بيعه في الحال وجهان: أحدهما: لا يجوز، والثاني: يجوز. هذا لفظه، وكأنه تحرف عليه «الفهد» بـ«الهرة»، ولم يحرر الخلاف ومحله؛ فوقع فيما وقع. نعم، في «الذخائر» وجه: أنه لا يجوز بيع الفيل ولا الفهد، وفي صحته نظر، قال في شرح المهذب إنه لا خلاف في صحة بيعهما وبيع القرد. [أ و].

(١) قوله: وفي بيع السم الطاهر الذي لا يستعمل قليله في الأدوية وجهان في «الحاوي»، وجه الجواز: الاعتماد على قتل الكفار به. انتهى كلامه.
وهذا النقل عن «الحاوي» يقتضي أنه حكى الوجهين في السم الذي يقتل قليله وكثيره، وأن علة الجواز فيه هي قتل الكفار، وهذا غلط لم يذكره الماوردي؛ بل جزم في هذه الصورة بالمنع، وإنما حكى الخلاف في سم لا يضر قليله، فقال في باب بيع الكلاب فأما السم: فإن كان يستعمل تداويًا كالسَّقَمْونيا وما في معناه جاز بيعه، وما لا يستعمل تداويًا بحال فضربان: أحدهما: يقتل يسيره وكثيره، منفردًا ومع غيره؛ فبيعه لا يجوز لعدم المنفعة. هذا لفظه، وهو كما قلناه. ثم قال: والضرب الثاني: أن يقتل كثيره ولا يقتل قليله، أو يقتل مع غيره ولا يقتل بانفراده، فقد علق الشافعي القول في بيعه؛ فخرجه أصحابنا على قولين: أحدهما: أن بيعه باطل كالذي قبله، والثاني: جائز؛ لقصوره عن حال الأول. ومن أصحابنا من جوز بيع قليله الذي لا يقتل، ومنع من بيع كثيره الذي يقتل، وهذا الفرق لا وجه. له هذا لفظه. [أ و].

(٢) قوله: ويجوز بيع الزُّرْزُور والطاوس، للاستمتاع بصورته، وكذا ما يستمتع بصوته. انتهى كلامه.
وفيه أمران:
أحدهما: أن ما ذكره في الزرزور من الاستمتاع بالصورة ليس كذلك؛ بل العلة فيه عند الأصحاب هو الاستمتاع بالصوت، والمشاهدة - أيضًا - تقتضيه، حتى لو فرضنا انقطاع صوته امتنع بيعه، على خلاف ما يدل عليه كلامه، والسبب في وقوع هذا الوهم له تعبير الرافعي؛ فإنه قال: ومنه ما ينتفع بلونه أو صوته كالطاوس والزرزور. هذا لفظه، وهو من باب اللَّفِّ والنَّشْر: الأول للأول، والثاني للثاني؛ ولهذا عبر في «الروضة» بأن قال: بلونه كالطاوس، أو صوته كالزرزور.
الثاني: أن هذا الكلام كالصريح في أن الزرزور لا يحل أكله مع أنه حلال، ولا خلاف فيه - أيضًا - كما قاله في شرح المهذب. نعم، هذا الإيراد لا يخص المصنف، بل وقع لجماعة منهم الرافعي كما قدمت ذكره. [أ و].

واعلم أن الشيخ خص هذا النوع مما[١] لا ينتفع به بالذكر وإن كان تحته أنواع؛ لنفي توهم من يزعم أن في الحشرات منفعةً في الخواص وفي السباع، وهي إقامة الهيبة والسياسة، إذ هذه المنفعة غير معتبرة.

وأما ما لا منفعة فيه شرعًا: كآلات الملاهي، والأصنام إذا كانت بعد زوال صورتها لا مالية لها[٢] لا يجوز بيعها، وكذا لو كان له بعد الرضاض[٣] مالية - على الأظهر عند عامة الأصحاب- وعليه يدل خبر جابر.

ومنهم من جوز بيعها، ورأى الإمام الأظهر الجواز، إذا كانت متخذة من جواهر نفيسة، بخلاف ما إذا اتخذت من خشب ونحوه[٤].

وكذا ما لا منفعة فيه لقلته كالحبة من الحنطة والزبيبة، وغيرهما، لا يصح بيعه، ولا نظر إلى زمن الغلاء، ولا إلى ما يوضع في الفخ؛ لأنها ليست منفعة معتبرة، وفي «التتمة»: حكاية وجه في جواز البيع.

وعلى المذهب: لا يجوز أخذ الحبة من صُبرة الغير بغير إذنه، فإن أخذت وجب ردها، فإن تلفت لم يضمنها بالمثل، على الأصح، خلافًا للقفال.

وفي بيع الماء على شاطئ البئر - إذا قلنا: إنه يملك - أو التراب في الصحراء، أو الأحجار بين الشعاب الكبيرة - وجهان في «التتمة»، وأصحهما: الجواز.

---

(١) في د: بلا. (٢) في د: بما (٣) في جـ: الرصاص.

(٤) قوله: فما لا منفعة منه شرعًا كآلات الملاهي والأصنام إذا كانت بعد زوال صورتها، لا مالية لها، لا يجوز بيعها، وكذا لو كان له بعد الرُّضاض مالية على الأظهر عند عامة الأصحاب، وعليه يدل خبر جابر، ومنهم من جوز بيعها، ورأى الإمام الأظهر الجواز إذا كانت متخذة من جواهر نفيسة، بخلاف ما إذا اتخذت من خشب ونحوه. انتهى كلامه.

وهو غلط من جهتين:

إحداهما: فيما نسبه إلى الإمام من اختيار التفصيل المذكور في آلات الملاهي؛ فإن الإمام إنما ذكره في الأصنام، وحكى في الملاهي وجهين من غير ترجيح.

الجهة الثانية: أن مقتضاه: أن تجويز الإمام إنما هو في الذهب والفضة والزمرد ونحوها؛ لأن هذه هي الجواهر النفيسة، وليس كذلك؛ بل عداه الإمام إلى كل ما له قيمة كالنحاس والصُّفْر والعود وغيرهما.

والموقع للمصنف في هذين الوهمين هو تقليده للرافعي: أما الثاني فبصريح كلامه، وأما الأول فلإلباسٍ وقع في تعبيره؛ ولهذا وقع فيه - أيضًا - النووي في «اختصاره للروضة»، وعداه إلى «شرح المهذب»، والمسألة ذكرها في «النهاية» في باب بيع الكلاب، وقد ذكرت لفظه في كتابنا المسمى بـ «المهمات»، وهو الكتاب الذي من الله - سبحانه وتعالى، وله الفضل - بتمامه وإبرازه. [أ و].

فرع: بيع الجارية المغنية بما تساويه لولا الغناء، صحيح، وبأكثر منه هل يصح؟ فيه ثلاثة أوجه، ثالثها - وهو قول الشيخ أبي علي-: إن قصد الغناء بطل، وإلا فلا.

وهذا مفرع - كما حكاه الرافعي في كتاب الصداق - على أن مثل هذه إذا غصبت ونسيت الألحان يرد معها أرش النقص بسبب النسيان، وهو وجه حكاه الإمام أيضًا مع وجه آخر: أنه يضمن قيمتها مغنية إذا تلفت، وإن كان قد جزم قبيل الكلام في «الأمة تغرُّ من نفسها»، بأنه إذا أتلفها لم يضمن إلا مثل قيمتها لو لم تحسن الغناء، مع حكاية الخلاف في جواز بيعها.

قال: ولا يجوز بيع ما[1] **يبطل به حق آدمي: كالوقف، وأم الولد، والمكاتبُ** - [أي بضم الباء][2] - في أصح القولين والمرهون.

قد تقدم في صدر الباب أن هذا يندرج تحت القدرة على التسليم؛ لأن العجز عن التسليم نوعان: حسي[3] وشرعي، وهذا من الشرعي.

وذكر الشيخ إبطال حق الآدمي ليرشدك[4] إلى علة الحكم، فالوقف لا يصح بيعه؛ لما روى ابن عمر أن عمر أصاب أرضًا بخيبر، فأتى رسول الله ﷺ يستأمره فيها، فقال: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها» قال: فتصدق بها عمر -رضي الله عنه- صدقة، لا تباع ولا توهب ولا تورث[5].

وأما أم الولد فلا يصح بيعها؛ لما روي عن ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن بيع أمهات الأولاد.

وفي القديم حكاية قول: أنه يجوز بيعها متبعًا فيه ما روي عن علي - كرَّم الله وجهه - وتعتق بموت مستولدها على هذا، وقيل: لا تعتق بموته، كما رواه الخراسانيون، وهو إلى كلام الشيخ أقرب؛ إذ لو لم يكن كذلك[6] لما كان فيه إبطال

---

(١) في التنبيه: فيما.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: حكمي.
(٤) في د: ليرشد.
(٥) أخرجه البخاري (٥/ ٤١٨) في الشروط، باب: الشروط في الوقف (٢٧٣٧)، ومسلم (٣/ ١٢٥٥) في الوصية، باب: الوقف (١٥/ ١٦٣٢، ١٦٣٣).
(٦) في د: ذلك....، أخرجه الدارقطني (٤/ ١٣٤)، والبيهقي (١٠/ ٣٤٣، ٣٤٤)، من حديث ابن عمر مرفوعًا وموقوفًا، وصحح وقفه الدارقطني والبيهقي وعبد الحق والحافظ في تلخيص الحبير (٤/ ٤٠١).

لحق آدمي إلا أن يقال: الولاء على الورثة.

وزاد الإمام في كتاب الرهن في الحكاية عن القديم: أن المستولدة لا تعتق أصلاً، وإن بقيت في ملك المستولد إلى الموت، وسبيل ذلك سبيل الاستخدام.

ولو حكم حاكم بصحة بيعها، فهل ينتقض حكمه على الجديد؟

قال الشيخ أبو علي في «الشرح»: يحتمل قولين؛ بناءً على أن [أهل] العصر الثاني إذا أجمعوا على أحد القولين بعد انقراض العصر الأول على الخلاف تصير[1] المسألة مجمعًا عليها.

وفيه قولان:

أصحهما : أنه لا يصير إجماعًا؛ فعلى هذا لا ينقض.

والمكاتب لا يصح بيعه في الجديد؛ لأنه كالخارج عن ملك السيد؛ ولهذا لا يرجع أرش الجناية عليه؛ فأشبه ما لو باعه، ولأن عقد الكتابة وارد على الرقبة بالنجوم، فلو صح بيعها لاجتمع عليها عقدان يقتضيان نقل الملك فيها بعوض، وذلك لا يعقل.

والقديم: أنه يصح؛ لما سنذكره من قصة بريرة، ولأن عتقه غير متيقن[2]؛ فملك بيعه كالمدبر والمعلق عتقه على صفة[3].

فعلى هذا، هل تنفسخ الكتابة؟ الذي حكاه الطبري وابن الصباغ وغيرهما: أنها لا تنفسخ، ويكون الولاء للمشتري. وفي «التهذيب» و«تعليق» القاضي الحسين، حكاية وجهين:

أحدهما: أنها تنفسخ.

والثاني: لا تنفسخ، حتى لو أدى النجوم إلى المشتري يعتق، و[يكون][4] الولاء للبائع؛ كما لو مات السيد فأدى النجوم إلى الورثة.

والمرهون لا يصح بيعه؛ لأن المقصود من الرهن: الاستيثاق إلى حين قضاء الدين، فلو صح بيعه قبل ذلك لبطلت فائدة الرهن.

وأبدى الإمام في كتاب «الإقرار» احتمالاً في صحة بيعه موقوفًا، من بيع المفلس

---

(١) في جـ: ينقض.

(٢) في جـ: مستيقن.

(٣) في جـ: بصفه.

(٤) سقط في جـ.

ماله قبل فك الرهن(١).

وتلحق بالمرهون كل عين ثبت لمن هي تحت يده حق حبسها؛ ليستوفي ما وجب له بسبب العمل فيها: كالصباغ إذا صبغ الثوب؛ فإنه لا يصح بيعه قبل توفية الأجرة، وكذا القصار إذا قلنا: إن القصارة بمنزلة العين، وإن قلنا: إنها أثر فلا حق له في حبسها، فيجوز له بيعه قبل قبضه.

ويلتحق بذلك أيضًا ما إذا استأجر صباغًا ليصبغ له ثوبًا وسلمه إليه فليس له بيعه ما لم يصبغه، وكذا لو استأجر قصارًا على قصره؛ ليس له بيعه ما لم يقصره، وكذا لو استأجر صائغًا على عمل ذهب، ونظائر ذلك، كما صرح به المتولي وغيره؛ لأن له حبسه إلى أن يعمل فيه ما يستحق به العوض، وعليه يخرج ما قيل في بيع الأشجار المساقى عليها: أنه لا يصح؛ لأن المساقاة عقد لازم، وقد استحق العامل أن يعمل فيها مايستحق به أجرًا.

وبعض الناس يقول: كان يتجه أن يُخَرَّجَ على بيع الأعيان المستأجرة من حيث إن العامل قد استحق جزءًا من الثمرة الذي مقتضى العقد أن يكون للبائع؛ وغفل عن ملاحظة هذا الأصل(٢). والله أعلم.

---

(١) قوله: والمرهون لا يصح بيعه؛ لأن المقصود من الرهن الاستيثاق إلى حين قضاء الدين، فلو صح بيعه قبل ذلك لبطلت فائدة الرهن، وأبدى الإمام في كتاب الإقرار احتمالًا - في صحة بيعه، ويكون موقوفًا - من بيع المفلس ماله قبل فك الرهن. انتهى كلامه.
واعلم أن في بيع الفضولي قولًا مشهورًا بأنه قديم: أنه يصح موقوفًا على الإجازة، وقد جزم الإمام بجريانه في المرهون عند إجازة المرتهن، وأما القولان في وقف بيع المفلس على فك الحجر فإنهما ثابتان في الجديد بالاتفاق، وقد قال الإمام: إنهما لا يجريان في الراهن إلا على الاحتمال الذي أشار إليه المصنف. ذكر ذلك كله في أول كتاب الإقرار في الكلام على إقرار المفلس، فاستحضر أن في مسألتنا قولًا جزم الإمام بثبوته، وهو غير القول الذي توقف في تخريجه. [أ و].

(٢) قوله: وعليه يخرج ما قيل في بيع الأشجار المساقى عليها: إنه لا يصح؛ لأن المساقاة عقد لازم، وقد استحق العامل أن يعمل فيها ما يستحق به أجرًا، وبعض الناس يقول: كان يتجه أن يتخرج على بيع الأعيان المستأجرة؛ من حيث إن العامل قد استحق جزءًا من الثمرة الذي مقتضى العقد أن يكون للبائع، وغفل عن ملاحظة هذا الأصل. انتهى كلامه.
وما ذكره في هذا البحث من عزوه لبعض الناس غريب؛ فإن البحث المذكور للرافعي، إلا أنه لم يذكره في بابه، بل ذكره في آخر الإجارة، وهو السبب المقتضي لذهول المصنف عنه. نعم، نقله النووي في «الروضة» من الإجارة إلى آخر المساقاة، وقد تكلمت في هذه المسألة كلامًا شافيًا لا مزيد عليه ولا محيد عنه؛ فلينظر من «المهمات». [أ و].

فائدة: كثيرًا ما يسأل عن بيان ما في بيع المكاتب من إبطال حق الآدمي على القول بأنها لا تنفسخ، وهو الصحيح.

ويجاب عنه: بأن فيه إبطال حق الولاء على العصبة، وهذا السؤال غير متوجه على ما صورنا به كلام الشيخ من أن باء «المكاتب» مضمومة[1]، وعلى تقدير أن تكون مكسورة، فالجواب غير صحيح على قول صاحب «التهذيب»، وعلى قول ابن الصباغ فقد يورد عليه جواز بيع المدبر مع أن فيه إبطال مثل هذا الحق.

وقد يقال في ذلك: إن الكتابة أثبتت[2] للعبد استقلالًا حتى لا يجب عليه امتثال ما يأمره به السيد؛ فلو صح بيعه لاقتضى إيجاب التسليم، وهو لا يحصل إلا بأن يستدعيه فيأتيه، كما[3] قررناه.

وذلك يبطل ما حصل له بالكتابة من الاستقلال.

فإن قيل: لو كان هذا هو المانع لوجب ألا يصح بيع الشِّقْصِ المشاع فإنه لا يمكن تسليمه إلا بتسليم الكل وهو يؤدي إلى إبطال حق الشريك [من الاستقلال بالتصرف وعدمه في نصيبه، ومع ذلك يصح بيعه، ويجبر الشريك][4] على تسليم حصته، ليستقر العقد وذلك يدل على عدم مراعاة ما ذكر.

قلت: يظهر الفرق [في][5] أن [في][6] مسألة الدار [لا غاية][7] تنتظر فلو لم يجز ذلك لأدى إلى منع بيع المشاع على الإطلاق، وذلك ضرر بَيِّنٌ.

وللمكاتب غاية تنتظر فلا يحصل بتأخير البيع مثل ذلك الضرر مع أنه الذي أدخله على نفسه فانقطع الإلحاق.

وقد يقال: وجه الإبطال أنه لو صح لم يجز أن يعتق على مشتريه؛ لأن صفة عتقه متقدمة على ملكه، ولا على بائعه لزوال ملكه. ثم على تقدير نفوذه يؤدي إلى تضييع الولاء على مستحقه؛ لأنه لا يكون للبائع؛ لعتقه لا في ملكه، ولا للمشتري فإنه[8] لم يعقد بسببه.

قال: وفي العبد الجاني - أي: جناية تتعلق برقبته - قولان:

---

(١) في جـ: مضمونة.
(٢) في جـ: ثبتت.
(٣) في د: على ما.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في د.
(٨) في جـ: لأنه.

أحدهما: وهو اختيار المزني أنه يصح؛ لأن الجناية إن كانت توجب القصاص فهو يرجى سلامته ويخاف تلفه، فلم يمنع ذلك من بيعه كالمريض.

وإن كانت خطأ فلم تتعلق برضا السيد فلا يكون سببًا للحجر عليه في ملكه، ولأن هذا الحق غير مستقر في رقبة العبد؛ فإن السيد بالخيار بين التسليم والفداء، فلا يمنع[1] البيع، كما لو باع عبده بشرط الخيار، ثم باعه فإنه يصح.

والقول الثاني، أنه لا يصح، وقيل: إنه ظاهر المذهب، فإن الشافعي قال: وبهذا أقول[2].

ووجهه: أنه حق لآدمي تعلق برقبة العبد فمنع [من][3] صحة بيعه كالرهن، بل أولى؛ لأن الجناية تقدم على الرهن، والقصاص لصاحبه العفو على المال فهو كجناية الخطأ، ويخالف المريض في ذلك. وثبوته بغير اختياره إكراه. ولا يشبه البيع بشرط الخيار؛ لأن البائع يملك إسقاط حق المشتري، وهاهنا لا يسقط حقه، وإنما يوفيه حقه بالفداء، فهو كإبقاء الدين الذي به الرهن.

قال: وقيل: إن كانت الجناية خطأ لم يجز قولا واحدًا؛ كالمرهون، وإنما القولان في جناية العمد وتوجيههما ما تقدم.

وبعضهم بناهما على القولين فيما يوجبه القتل العمد فقال: إن قلنا: القود عينا؛ صح وإلا فلا.

[و][4] قال الإمام: قد نسب بعض أصحابنا تخريج[5] القولين على قولنا: موجب العمد القود؛ لأن المالية ثابتة ضمنًا؛ ولهذا قلنا: مستحق القصاص يرجع إلى المال دون رضا من عليه القصاص، وهذا ما يقتضيه كلام الغزالي في وسيطه؛ فإنه قال: فيه خلاف مرتب على أن موجب العمد ماذا؟

قال: وقيل: إن كانت الجناية عمدًا جاز قولاً واحدًا -كالمريض المذفف والمرتد، وإنما القولان [فيما][6] **إذا كانت الجناية خطأ**. وتوجيههما ما ذكرناه.

وهذه الطريقة أصح عند الشيخ أبي حامد وراويته المحاملي والبندنيجي، والأولى عند الغزالي من القولين فيها صحة البيع.

---

(١) في جـ: يمتنع. (٢) في جـ: القول. (٣) سقط في د.
(٤) سقط في د. (٥) في جـ: بتخريج. (٦) سقط في د.

والأظهر والأصح عند غيره عدم الصحة.

وفي المرتد حكاية وجه في «الوسيط»: أنه لا يصح بيعه، وهو أظهر في بيع[١] المتحتم قتله بالمحاربة وقد حكاه ابن الصباغ والبندنيجي في المحارب تفريعًا على القول بصحة بيع الجاني.

وهو ما جزم به المحاملي.

وكان القياس يقتضي أن يكون الصحيح صحة بيعه، وإن منع بيع الجاني كما هو في «التهذيب»؛ لأن القتل متحتم فلا يترك لتعلق المال برقبته، ولا يقال: هذا متحقق الهلاك فلا منفعة فيه فيبطل بيعه لذلك لأن فيه منفعة مقصودة وهي العتق، وما قال ابن أبي عصرون من أن جواز عتقه لا يستدل به على جواز بيعه بدليل الآبق والمجهول لا يرد علينا؛ لأن فيه فَقْدَ شرطٍ آخر.

ولا خلاف في صحة بيع من تعلق أرش الجناية بذمته[٢] أو استحق قطع طرفه في[٣] السرقة لانتفاء ما أشار إليه الشيخ من العلة وهي: إبطال حق الآدمي.

ووراء ما ذكرناه أمران آخران:

أحدهما : حكى المتولي أن بعض الأصحاب خرج قولا ثالثًا في بيع العبد الجاني أنه يكون موقوفًا على الفداء، فإن فداه نفذ وإلا فلا [ومن طريق الأولى يصح بيع العبد الأعجمي الذي لا تمييز له إذا جنى على شيء بإذن سيده، وقلنا: لا تتعلق الجناية به أصلاً، كما سنذكره وجهًا في كتاب الرهن.

والثاني، قال في «التهذيب»: إن التزم[٤] السيد الفداء قبل البيع صح بيعه، وإن باعه قبل التزام الفداء وهو معسر فلا يصح، وبما أجاب به في المعسر قال الماوردي أيضًا: وهو الذي صححه الإمام في كتاب الرهن. وإن كان موسرًا فعلى الخلاف السابق.

التفريع على القول بصحة البيع إذا قتل في يد البائع قبل التسليم قتل قصاص أو حد انفسخ العقد، وإن قتل في يد المشتري وكان جاهلاً بجنايته أو ردته فوجهان:

أحدهما: وبه قال ابن سريج، وابن أبي هريرة: أنه يرجع عليه بأرش ما بين قيمته

---

(١) في د: بيعهم.
(٢) في د: برقبته.
(٣) في د:من.
(٤) في جـ: ألزم.

ولا جناية وقيمته مع الجناية؛ لأن ذلك حصل بسبب جرى في يد البائع، فكان كرجل اشترى عبدًا ظهرت به علة عند البائع ثم مات منها في يد المشتري؛ فإنه يرجع بالأرش.

والثاني: وهو المذهب في «الشامل» [وظاهره في][1] غيره، واختيار ابن الحداد وأبي إسحاق: أنه ينفسخ العقد ويرجع عليه بجميع الثمن؛ لأن تلفه كان لمعنى استحق عند البائع، فأشبه ما لو تلف في يده، ويفارق المريض إن سلم الحكم فيه، فإنه تلف بزيادة مرض حصل في يد المشتري ولم يوجد مثل ذلك هاهنا.

أما إذا منع الحكم فيه وقيل بأنه يجب تمام الثمن -أيضًا- كما حكاه القاضي الحسين وجهًا، وطرده فيما إذا كانت به جراحات[2] سارية؛ فقد استوت المسألتان وإن كان عالمًا فعلى الأول: لا شيء له، وعلى الثاني: وجهان:

أحدهما: يرجع بجميع الثمن.

والثاني: لا شيء له، وهو ما اختاره ابن الصباغ.

وإذا اختصرت قلت: في ذاك[3] ثلاثة طرق.

أحدها: أنه كالعيب[4] في حال الجهل والعلم.

والثاني: كالمستحق فيهما.

والثالث - قال البندنيجي وهو مذهب الشافعي-: أنه كالمستحق [مع][5] الجهل بالحال وكالعيب مع العلم به.

وإذا آل الأمر إلى المال إما بالعفو أو كانت الجناية خطأ أو عمدًا؛ فللسيد فداؤه، وهل يجب عليه ويجعل بإقدامه على البيع ملتزمًا[6] له؟ فيه وجهان؛ ظاهر النص منهما وهو الذي رجحه ابن الصباغ وغيره: الوجوب، فيفديه[7] على هذا بأقل الأمرين من قيمته وأرش الجناية؛ قال المحاملي والبندنيجي قولًا واحدًا.

وعلى الوجه الآخر بكم يفديه؟ فيه وجهان:

أحدهما: بما تقدم.

---

(١) في د: فظاهره من. (٢) في جـ: جراحًا. (٣) في جـ: ذلك.
(٤) في د: كالعين. (٥) سقط في د. (٦) في د: المبيع ملزمًا.
(٧) في د: فيفتديه.

والثاني: بأرش الجناية بالغًا ما بلغ.

والفرق: أنه على هذا القول مخير بين الفداء والتسليم، وربما يحصل زبون يشتريه بقدر أرش الجناية وعلى الأول قد تعذر عليه التسليم؛ فلم يمكن البيع فصار كما لو أعتقه أو قتله.

وأجرى الماوردي الخلاف على الوجهين معًا، مع جزمه بأنه إذا أعتقه لا يلزمه إلا أقل الأمرين وحكى الرافعي في الفصل الخامس في تزويج العبيد عن الإمام: أن من الأصحاب من أجرى هذا الخلاف فيما إذا قتله، والصحيح الأول.

وعلى كل حال متى تعذر الفداء؛ إما بإعسار السيد أو مماطلته [مع عسر][1] الأخذ منه، أو سفره على القول بوجوبه كان للمجني عليه فسخ البيع لسبق حقه.

فرع: إذا اشترى عبدا قد استحق [قطع][2] طرفه، ولم يعلم به، فقطع في يده، كان له الخيار على المذهب بين الإمساك والرد، وعلى رأي ابن سريج تعيَّن له الأرش.

[فرع][3] آخر: إذا أعتق السيد العبد الجاني، فنفوذ عتقه ينبني على نفوذ بيعه.

فإن نفذناه فالعتق أولى وإلا فثلاثة أقوال، كما في عتق المرهون.

وقطع في «التهذيب» بالنفوذ إذا كان موسرًا وبعدمه إذا كان معسرًا.

وفرق بينه وبين المرهون: بأنه في حالة اليسار قادر على نقل حق المجني عليه إلى ذمته باختيار الفداء فإذا أعتق انتقل الحق إلى ذمته. وفي الرهن بخلافه.

وفي حال الإعسار فإن حق المجني عليه متعلق بالرقبة فلا تعلق له بذمة السيد، وحق المرتهن متعلق بهما جميعًا، فنفوذ الإعتاق هاهنا يبطل [الحق][4] بالكلية، وفي الرهن غايته قطع أحد المتعلقين.

وفصَّل الماوردي فقال: إن كانت الجناية موجبة للقصاص؛ نفذ عتقه؛ موسرًا كان أو معسرًا. وللمجني عليه أن يقتص منه بعد الحرية، وإن كانت الجناية موجبة للمال فإن كان موسرًا نفذ وإلا فلا، وحكم استيلاد الجارية حكم عتقها.

فائدة: أرش الجناية إذا تعلق برقبة العبد، إن كان بقدر قيمته أو أكثر؛ فلا إشكال [في أنه][5] يتعلق بجملة رقبته، وإن كان أقل فهل يتعلق بجميع الرقبة أو بقدره منها؟

---

(١) في د: من غير. (٢) سقط في د. (٣) زيادة للإيضاح.
(٤) سقط في د. (٥) في د: بأنه.

فيه خلاف أشار إليه الغزالي عند الكلام في أن الزكاة هل تتعلق بالعين أو الذمة؟

وإذا تعلق الأرش بجميع الرقبة فأبرأه المجني عليه من شيء منه، فهل ينفك من العبد بقدره؟

حكى الرافعي في الوصايا عند الكلام في الدور الواقع في الجنايات: إذا جنى عبد على حر، وعفا المجني عليه ومات، فإن أجازه الورثة فذاك وإلا نفذ في الثلث، وانفك ثلث العبد عن تعلق الأرش، وأشار الإمام فيه إلى وجه آخر، كما أن شيئًا من المرهون لا ينفك ما بقي شيء من الدين، والظاهر الأول. انتهى. فيتجه جريان مثل ذلك هاهنا. وإذا قلنا : أرش الجناية يتعلق بذمة العبد الجاني مضافًا إلى رقبته، هل يملك المجني عليه فك الرقبة عن التعلق ورد الحق إلى الذمة خاصة كما يملك فك الرهن؟.

فيه وجهان: حكاهما الرافعي عن الإمام في «باب العفو عن القصاص».

قال: ولا يجوز بيع ما لا يملكه إلا بولاية أو نيابة، عنى بالولاية: كبيع الأب وإن علا، والوصي والحاكم يدل عليه قوله من بعد: «فإن بلغ الصبي وادعى أنه باع العقار من غير غبطة ولا ضرورة فإن كان الولي أبًا أو جدًا فالقول قولهما، وإن كان - يعني: الولي - غيرهما لم يقبل إلا ببينة.

و[عنى][(١)] بالنيابة: بيع الوكيل.

والدليل على اعتبار ذلك قوله ﷺ لحكيم بن حزام: « لا تبع ما ليس عندك»[(٢)] وهذا على عمومه.

وما روى واثلة بن عامر أو عامر بن واثلة أنه - عليه السلام - قال: «لا تبع ما لا تملك»[(٣)] و[لأن][(٤)] بيع الآبق غير صحيح [مع][(٥)] كونه مملوكًا؛ لعدم القدرة على التسليم، فبيع ما لا يملك ولا قدرة له على التسليم أولى، وهذا هو الجديد، الذي لا يعرف العراقيون غيره، على ما حكاه الإمام ومن تابعه.

وحكوا عن القديم أنه ينعقد ونفوذه موقوف على إجازة المالك، فإن أجاز نفذ؛ إذ ذاك. ويستعقب[(٦)] الملك الإجازة، ولا يحكم بتقدم الملك عليها تبيُّنًا.

---

(١) زيادة للإيضاح. (٢) تقدم تخريجه.

(٣) ذكره الماوردي في الحاوي (٥/ ٣٢٩) من حديث عامر بن واثلة، ولم أقف عليه وروي من حديث عبد الله بن عمرو بنحوه، أخرجه الحاكم (٢/ ١٧)، البيهقي (٥/ ٣٤٠) وإسناده صحيح.

(٤) سقط في د. (٥) سقط في د. (٦) في جـ: واستعقب.

وإن رد لغا، وكذا إجازة من يقوم مقام المالك من ولي إن كان المال محجورًا(١) عليه دون إجازة المحجور عليه إذا بلغ، أو ملكه البائع ثم أجاز كما حكاه الشيخ أبو محمد.

وقد حكى من العراقيين(٢) هذا القول أيضًا المحاملي في اللباب [وابن الصباغ في كتاب الأضحية](٣) واستدل له بما روي [أن النبي](٤) ﷺ دفع إلى عروة البارقي دينارًا ليشتري به شاة فاشترى به شاتين، وباع إحداهما بدينار، وجاء بشاة ودينار، فقال - عليه السلام-: «بارك الله لك في صفقة يمينك»(٥).

قال الماوردي: فكان لو اشترى ترابًا لربح فيه(٦).

وجه الدلالة [فيه](٧) : أنه باع الشاة الثانية من غير إذن، وأقره - عليه السلام -

---

(١) في د: المحجور.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: أنه.
(٥) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٥٦) في البيوع، باب: في المضارب يخالف (٣٣٨٤)، والترمذي (٣/ ٥٥٩) في البيوع، باب: ما يلي ما جاء في اشتراط الولاء (١٢٥٨)، وأخرجه الدارقطني (٣/ ١٠)، في كتاب البيوع، وفي إسناده سعيد بن زيد أخو حماد مختلف فيه عن ابن لبيد لماذة بن زياد وقد قيل إنه مجهول لكن وثقه ابن سعد، وقال حرب سمعت أحمد أثنى عليه، وقال المنذري والنووي إسناده حسن لمجيئه من وجهين وقد رواه البخاري من طريق ابن عيينة عن شبيب بن غرقدة سمعت الحي يحدثون عن عروة به البخاري (٦/ ٦٣٢)، في المناقب، باب: علامات النبوة (٣٦٤٢).
(٦) قوله: وقد استدل له بما روي أن النبي ﷺ دفع إلى عروة البارقي دينارًا ليشتري به شاة، فاشترى به شاتين، وباع إحداهما بدينار، وجاء بشاة ودينار، فقال - عليه الصلاة والسلام-: «بارك الله لك في صفقة يمينك». قال الماوردي: فكان لو اشترى ترابًا لربح فيه. انتهى كلامه.
وإسناده هذه الزيادة الأخيرة - وهي الربح في التراب - إلى الماوردي، عجيبٌ؛ فإنها من تتمة الحديث... كذا رواه الشافعي في الأم قبل باب كراء الإبل والدواب بأوراق، وكذلك أبو داود وابن ماجه بإسناد حسن كما قاله في «شرح المهذب»، ورواه - أيضًا - البخاري في باب علامات النبوة من «صحيحه» لكن بإسناد منقطع، وإنما رواه لأجل قطعة منه مسندة، ولفظ هؤلاء الثلاثة - أعني البخاري وأبا داود وابن ماجه - هو اللفظ الذي ذكره المصنف بعينه، إلا أن البخاري وابن ماجه روياه: «التراب» معرفًا بـ«أل» والسبب في وقوع المصنف في هذا الغلط أن الماوردي ذكر ذلك كله؛ فتوهم المصنف أن قوله: فكان لو اشترى... إلى آخره، من لفظ الماوردي، فصرح به فوقع في الغلط، وقد أعاد المصنف هذا الحديث في الوكالة فيما إذا وكله في شراء شاة فاشترى شاتين، وسلم من هذا الاعتراض؛ فإنه ساق الكلام الأخير من متن الحديث، لكن وقع في اعتراض آخر ستعرفه في موضعه، إن شاء الله تعالى. [أ و].
(٧) سقط في د.

على ذلك، وأجاب من قال بالأول عن هذا الحديث بأنه[١] مرسل، ولو صح فلا دلالة فيه؛ لاحتمال أن يكون النبي ﷺ رد الأمر فيه إلى رأيه.

ويؤيده أن القائل ببيع الفضولي لا يجوز له التصرف فيما يبيعه، وعروة قد تصرف فيه بالإقباض وقبض الثمن.

والقولان جاريان على ما حكاه الإمام في كل عقد يقبل الاستنابة كالإجارة، والهبة، والعتق، والنكاح والطلاق وغيرها.

وأما الشراء للغير بغير إذنه فإن كان بعين ماله فعلى القولين لا محالة، وإن كان في الذمة فكذلك عند بعض المحققين.

وعلى الجديد إن لم يسم المشتري له وقع عن نفسه، وكذا على القديم إذا رد وإن أضاف الثمن إلى نفسه فهو كما لو اشترى له بعين ماله، ولم يكن قد أذن له، والحكم فيه إلغاء التسمية. وهل يقع عنه أم يبطل من أصله؟ فيه الوجهان.

وإن كان قد أذن له فهل تلغو التسمية أيضًا؟ فيه وجهان - فإن ألغيت فالحكم كما تقدم وإلا فقد وقع عن الإذن. والثمن المدفوع يكون قرضًا أو هبة؟ فيه وجهان.

فائدة: هذه المسألة على القول القديم ملقبة بوقف العقود، وهذا اللقب ينظم معها مسألتين:

إحداهما: تأتي - إن شاء الله تعالى - في باب الغصب، وهي: إذا غصب أموالاً وباعها وتصرف في أثمانها.

والثانية: إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي فإذا هو ميت، وبان أن المال له، ففي صحة البيع ولزومه قولان: نقلهما العراقيون كما نقلهما المراوزة، [على ما][٢] حكاه الإمام[٣].

---

(١) في جـ: أنه.
(٢) في جـ:كما.
(٣) قوله - في الكلام على بيع الفضولي-: وقد حكى هذا القول، أي: قول الصحة، من العراقيين المحاملي في اللباب. انتهى.
وهذا النقل عن اللباب قلّد فيه النووي في «الروضة»؛ فإنه نقله عنه هكذا، مع أن المحاملي لم ينص على هذه المسألة؛ فإنه عدّد بيوعًا للشافعي فيها قولان، ثم عبر في أثنائها بقوله: وبيع تفريق الصفقة أو بيع الموقوف. هذا لفظه من غير زيادة عليه، ولا شك أن قولي الوقف يطلقان على هذه المسألة - يعني بيع الفضولي - ويطلقان على من باع مال أبيه ظانًّا حياته فبان ميتًا، وقد صرح هو بعد هذا بأسطر بذلك فقال: فائدة: هذه المسألة على القوم القديم ملقبة بوقف العقود، وهذا اللقب ينظم معها مسألتين... إلى آخر ما قال. [أ و].

وحكى البندنيجي الخلاف في كتاب العدد وجهين، وأن أصلهما القولان، [فيما][(١)] إذا كاتب عبده كتابة فاسدة ثم أوصى به وهو يعتقد صحة الكتابة، فإن في صحة الوصية قولين.

ووجه الصحة: صدوره من المالك.

ووجه البطلان - وهو ما حكاه البندنيجي في كتاب الهبة المنصوصَ [وكذا في «باب العفو» من كتاب الصداق][(٢)]-: أن هذا العقد وإن كان منجزًا في الصورة فهو في المعنى معلق والتقدير: إن كان مورثي قد مات فقد بعتك.

وأيضًا فإنه كالعابث[(٣)]؛ لاعتقاده أن المبيع لغيره.

قال الرافعي: ولا يبعد تشبيه هذا الخلاف بالخلاف في أن بيع الهازل هل ينعقد؟ وفيه وجهان.

وقال: إن الخلاف يجري فيما إذا باع العبد على ظن أنه آبق أو مكاتب فإذا هو قد رجع أو فسخ الكتابة وفيما إذا زوج أمة ابنه على ظن حياته فإذا هو قد مات وأجراهما ابن الصباغ فيما إذا كان له على رجل مائة درهم، وهو لا يعلم بها وأبرأه من مائة على ما حكاه في كتاب الصداق.

ويجري أيضًا فيما لو أعتق عبدًا لابنه على هذا الظن، لكن الصحيح فيه النفوذ؛ لأنه يقبل صريح التعليق [فتقدير التعليق][(٤)] أولى، حكاه الرافعي في أول نكاح المشركات.

ويجري أيضًا -على ما حكاه الإمام- في كتاب النكاح [فيما إذا قال: إن كان أبي قد مات فقد بعتك ماله لكنه مرتب وأولى بالبطلان.

ولا يجري][(٥)] فيما إذا باع مال أبيه على ظن أنه مال نفسه ثم بان أن أباه قد مات قبل البيع، بل يصح قولاً واحدًا كذا حكاه الإمام عن شيخه في باب مداينة العبيد. ثم قال: وهذا الذي ذكره مع حسنه محتمل.

واعلم أن ظاهر ما حكيته عن الإمام أولا يقتضي أن قول البطلان هو الجديد، وقول الصحة هو القديم ويؤيده أنه قال بعد ذلك: وللشافعي في الجديد مرامز إلى

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ، د: كالغائب.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في د.

القولين في هذا النوع لكنه حكى في أول الوكالة: أن القولين نص عليهما الشافعي في الجديد.

وقد حكى الرافعي أن الصحيح منهما قول الصحة.

وفي «المهذب» في كتاب الرهن: أن المنصوص بطلان العقد والله أعلم.

قال: ولا يصح بيع ما لم يتم ملكه عليه - [كالمملوك بالبيع، والنكاح، وغيرهما من المعاوضات، أي: كالاشتراك، والتولية، والصلح، والإجارة، والخلع - [قبل القبض][(١)].

وقد تقدم في الباب الأول من الأحاديث ما يدل على منع بيع المبيع قبل قبضه.

واختلف الأصحاب في المعنى الذي لأجله منع:

فمنهم من قال: ضعف الملك؛ فإنه متعرض للسقوط بالتلف، وهذا قول أهل العراق.

ومنهم من قال: كي لا يؤدي إلى أن تكون العين الواحدة في آن واحد مملوكة لشخصين على التمام وذلك مُحال.

وبيانه: أن المبيع إذا تلف قبل القبض تبينا انتقاله إلى ملك البائع قبيل[(٢)] التلف، فلو جوز بيعه لكان له بائعان فيصير مضمونًا للمشتري الأول على البائع بحكم عقده، ومضمونًا عليه للمشتري الثاني بحكم عقده، فيلزم ما ذكرناه.

وهذا المعنيُّ من قول الفقهاء: توالي الضمانين، واستبعد الرافعي هذا التعليل وجعل الاعتماد على الأخبار[(٣)]، وهو قريب من كلام الإمام؛ فإنه جعل الغالب على هذا التعبد[(٤)].

وأما عوض[(٥)] النكاح وغيره فلأنه مملوك بعقد معاوضة فلم يملك فيه التصرف قبل القبض كالمبيع[(٦)].

وفي الصداق قول قديم رواه المراوزة أنه يجوز بيعه قبل قبضه، ومحل الإمعان[(٧)] فيه كتاب الصداق فليطلب منه.

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: قبل.
(٣) في جـ: الاختبار.
(٤) في جـ: البعيد.
(٥) في د: عرض.
(٦) في جـ: كالبيع.
(٧) في جـ: الإمكان.

وهذا القول أجراه الإمام والبغوي في بدل الخلع والصلح عن دم العمد، وجعله الماوردي وجهاً مخرجًا في الصداق وبدل الخلع من القول بأنهما إذا تلفا رجع بقيمتهما، وخصه القاضي الحسين في التعليق في دم العمد إذا قلنا: إن موجبه[(١)] القود عينًا أو أحد الأمرين وصرح بالمصالحة عن القود.

أما إذا صرح بالمصالحة عن الدية فلا يجوز التصرف فيه إن جوزنا مثل هذا الصلح؛ لأنه مملوك بمعاوضة. أو قال: صالحتك عن موجب هذا القتل وصححنا هذا الصلح، وهو الأظهر، فلا يجوز أيضًا التصرف فيه قبل القبض احتياطًا على المذهب.

وفي الاشتراك والتولية وجه حكاه الشيخ أبو علي عن بعض الأصحاب -كمذهب مالك-: أنه يجوز.

ولا فرق فيما ذكرناه بين ما بيع مكايلة أو موازنة أو غيرهما.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أن في حرملة حكاية عن الشافعي في الكبير أن بيع المبيع قبل القبض جائز، إلا ما بيع مكايلة أو موازنة، فإنه لا يجوز بيعه قبل الكيل والوزن عليه.

ولا بين أن يكون قد صدر من[(٢)] البائع أو غيره كما تقدم ذكره على الصحيح من الوجهين.

ومحلهما إذا كان المثمن من جنس آخر أو أقل أو أكثر من الأول - وإن كان مثل الأول - ففيه خلاف مرتب على الصورة الأولى، وأولى بالجواز.

قال القاضي الحسين: ويرجع حاصل [هذا][(٣)] الخلاف إلى أن الاعتبار باللفظ أو بالمعنى، فإن اعتبرنا اللفظ أجرينا الخلاف السابق، وإن اعتبرنا المعنى، جوزناه هاهنا، لأن هذا العقد معناه الإقالة، وهذا ما حكاه في «التتمة»، وسيأتي مثله عن ابن سريج في كتاب «السلم»، إن شاء الله تعالى.

ولا يستثنى من ذلك إلا إذا اشترى من مورثه شيئًا ولم يقبضه[(٤)]، ثم مات المورث، فإنه إن استوعب ميراثه، صح بيعه قبل قبضه؛ لأنه صار في يده شرعًا، سواء كان على المورث دين أو لم يكن.

فإن[(٥)] انتقل إليه نصفه مثلاً ملك التصرف في نصف المبيع.

(١) في د: موجب. (٢) في جـ، د: مع. (٣) سقط في د.
(٤) في د: يقبض (٥) في جـ: وإن.

والمقاسمة إذا قلنا: إنها بيع، فإنها تصح أيضًا قبل القبض؛ لأن الرضا فيها غير معتبر؛ لأن الشريك يجبر على ذلك.

وإذا لم يعتبر الرضا جاز ألا يعتبر القبض كما في الشفعة - كذا حكاه المتولي وقياسه على الشفعة بناء على الصحيح، وهو ما جزم به في «التهذيب»، وإلا فهو قد حكى وجهًا أنه لا يجوز.

تنبيه: اقتصار الشيخ على منع عقد المعاوضة في المبيع قبل قبضه من بين سائر التصرفات - يعرفك أن اختياره في غيره إما التوقف وإما الجواز وهو وجه حكاه الأصحاب، وجزم به الماوردي في العتق(١) والوقف والصدقة، والقاضي الحسين في الهبة والرهن والتزويج من الأجنبي.

وحكى في الهبة عنه(٢) وجهين، وابن خيران في الكتابة على ما [حكاه في](٣) الحلية عند الكلام في تسليم المسلم فيه، وهو مناقض لما نقل عنه في منع العتق.

وقد حكاه الماوردي عن غيره في الكتابة، والإمام صححه في الإجارة.

ووراء ذلك مقالات للأصحاب(٤) منها: أن العتق إذا صدر وللبائع حق الحبس فمنهم من خرجه على عتق الراهن، ومنهم من نفذه، وهو الصحيح.

والفرق أن الراهن حجر على نفسه مع قوة حق الوثيقة فيه، وهذا لم يحجر على نفسه، وحق الوثيقة فيه ضعيف؛ ولذلك يسقط بالإعارة، كما سنذكره إن شاء الله تعالى.

ومنها: الوقف إن افتقر إلى القبول كان كالبيع، وإن لم يفتقر فهو كالإعتاق(٥)، والهبة، والرهن، [و](٦) ادعى الرافعي أنهما ملحقان بالبيع عند عامة الأصحاب سوى الغزالي.

وفي «النهاية» الجزم في الهبة بالصحة بعد توفية الثمن. وحكاية الخلاف قبله، وقال: لا خلاف أن للبائع أن يمتنع من التسليم إذا أثبتنا له حق الحبس.

وفائدة الصحة: أن حق البائع إذا زال وقبضه المشتري لا يحتاج إلى تجديد عقد.

---

(١) في د: التعليق.
(٢) في جـ: منه.
(٣) في جـ: حكي به.
(٤) في جـ: الأصحاب.
(٥) في د: كالأعيان.
(٦) سقط في جـ.

وقال الماوردي: الخلاف فيها مأخوذ من [الاختلاف في قولي][(١)] الشافعي في أنها: هل يلزم فيها المكافأة أم لا؟

فإن قيل: إن المكافأة تلزم لم تصح، وإن قيل: إن المكافأة لا تجب فيها صحت.

وقطع في الرهن بالمنع إذا كان محبوسًا بالثمن وأجرى الخلاف عند عدم الحبس.

وفي الرافعي: أن الأصح في الإجارة عند المعظم المنع، وأن الخلاف فيها مبني على أن عقد الإجارة يرد على العين أو المنفعة؟ فإن قلنا: يرد على العين لم يجز، وإن قلنا: يرد على المنفعة جاز.

والتزويج صحيح عند المعظم، وأشار[(٢)] الإمام إلى وجه فارق بين أن يكون للبائع حق الحبس فلا يصح، أو لا فيصح[(٣)]، وهو جار في الإجارة إذا نقصت القيمة.

وإذا صحت هذه التصرفات فهل يحصل القبض؟

أما في العتق والوقف والصدقة إذا كان المبيع جزافًا: فنعم، حتى لو لم يرفع البائع يده عن الموقوف[(٤)] والمتصدق به يصير مضمونًا عليه بالقيمة؛ صرح به الماوردي، وإن رفع يده عنه برئ.

وأما الهبة والرهن: فنفس[(٥)] العقد ليس بقبض، فإن قبضه المشتري من البائع وسلمه إلى المرتهن أو المتَّهب، فقد حصل الغرض، فإن أذن لهما حتى قبضاه؛ ففي «التهذيب»: أنه يكفي، ويتم به البيع والهبة والرهن.

وقال الماوردي: لا يكفي، ولكن ينظر إن [قصد][(٦)] قبضه للمشتري، صح له وافتقر إلى استئناف قبض الهبة، فإن أذن له [في][(٧)] أن يقبضه لنفسه لم يصح، [وإن قصد قبضه لنفسه فلا يصح][(٨)] قبضه للمشتري ولا لنفسه، ويكون البائع ضامنًا للعين بالثمن والمشتري بالقيمة إذا تلفت في يد المتهب، وهل يكون المتهب ضامنًا بالقبض؟ فيه وجهان.

وما ذكره مباين لما حكاه في باب اختلاف المتبايعين، فإنه قال: لو أجر المشتري المبيع قبل إقباض الثمن كان[(٩)] للبائع أن يمنع المستأجر منها: [لأن تمكين[(١٠)]

---

(١) في د: اختلاف قول. (٢) في جـ: فأشار. (٣) في د: يصح.
(٤) في د: الوقف. (٥) في د: فعين. (٦) سقط في د.
(٧) سقط في د. (٨) سقط في جـ. (٩) في جـ: فإن.
(١٠) في جـ: تمكن.

المستأجر منها][1] تسليم إلى المشتري.

والتزويج ووطء الزوج لا يكون قبضًا عن جهة البيع، ووطء المشتري بعد رفع يد البائع قبض؛ صرح به الماوردي.

فرع: هل ينفذ تصرف المشتري في الزوائد الحاصلة من المبيع[2] قبل القبض؟ فيه وجهان، ينبنيان على أن الفسخ لو وقع، رفع العقد من أصله أو من حينه؟

فإن قلنا بالأول لم يصح، وإلا فيصح.

قال: فأما ما ملكه بالإرث، أي: وكان المورِّث[3] يملك التصرف فيه أو الوصية أو عاد إليه بفسخ أو عقد جاز له بيعه قبل القبض؛ لأن ملكه عليه مستقر فأشبه المبيع بعد القبض.

ولا فرق في العود إليه بفسخ عقد بين أن يكون الثمن في جهته أم لا، كما صرح به المحاملي عن ابن سريج [عند الكلام][4] فيما إذا كان البيع فاسدًا، ووجهه بأن صاحب العين المبيعة لم يدفعها إليه على سبيل الرهن، وإنما دفعها إليه بيعًا، فإذا فسخ البيع ارتفع ما بينهما من التبايع وصار كأنه لم يبعه، فصار كسائر أمواله لا يجوز حبسه.

وفي «التتمة»: أن الثمن إذا كان في جهته لم يجز له البيع قبل توفيته، وهو قريب مما حكاه الغزالي في كتاب الغصب عن القاضي عن نص الشافعي في غير «المختصر»، فيما إذا اشترى شراءً فاسدًا أن له حبس المبيع إلى أن يرد عليه الثمن.

تنبيه: قول الشيخ: «أو الوصية» يشمل ما إذا قلنا: إنه يملك الوصية بالقبول أو بالموت، ويتضمن منع التصرف بعد الموت إذا قلنا: إنه لا يملك به.

على أن القاضي الحسين في التعليق حكى في هذه الصورة وجهين بناءً على أن القبول يحصل في ضمن البيع أو لا؟ والذي جزم به الماوردي: أنه لا يصح قبل القبول مطلقًا.

وقوله: «أو عاد إليه بفسخ عقد» يشمل ما تكون العين فيه مضمونة عند من هي تحت يده كالثمن والمبيع ورأس مال السلم[5] إذا كان باقيًا، وغير ذلك مما هو في

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: البيع.
(٣) في د: الموروث.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ، د: المسلم.

معناه، وما إذا لم يكن مضمونًا كالعين الموهوبة للولد إذا رجع فيها الأب، والمرهونة بعد فك الرهن، والمستأجرة بعد انتهاء مدة الإجارة إذا منعنا بيع المستأجر.

وذلك ينبهك[(١)] إلى جواز التصرف في كل عين تحت يد الغير أمانة كمال القراض والشركة والمال في يد الوكيل وغير ذلك.

أو مضمونًا لا يبطل بتلفه سبب الملك كالمغصوب والمستعار والمستام، أما إذا كان رأس مال السلم وغيره تالفًا عند الفسخ فقد صار دينًا في الذمة، وحكم بيع الدين سيأتي في القرض[(٢)]، إن شاء الله تعالى.

وحكى ابن كج: أن الأب ليس له بيع ما رجع فيه من هبته لولده، وهو غريب.

ووراء ما ذكره الشيخ صور:

منها: إذا أخرج[(٣)] السلطان رزق رجل، حكى صاحب التلخيص عن نص الشافعي أنه يجوز بيعه قبل القبض فمن الأصحاب من قال: هذا إذا أفرزه[(٤)] السلطان فتكون يد السلطان في الحفظ يد المفرز له[(٥)].

ومنهم من لم يكتف بذلك وحمل النص على ما إذا وكل وكيلاً يقبضه فقبضه الوكيل ثم باعه الموكل وإلا فهو بيع شيء غير مملوك، وهذا ما أورده القفال في الشرح.

ومنها: بيع أحد الغانمين نصيبه على الإشاعة قبل القبض صحيح، إذا كان معلومًا، كما إذا كانوا خمسة، فالخمس لأهل الخمس، ولهم الخمسة أربعة أخماسها.

ومنها: بيع غلة الوقف عليه صحيح قبل قبضه.

ومنها: بيع الصيد الذي أزمنه أو وقع في شبكته صحيح.

ومنها: إذا كان له في ذمة إنسان دنانير مستقرة يصح بيعها منه قبل قبضها بدراهم، على ما سنذكره [إن شاء الله تعالى][(٦)] من التفصيل.

قال: ولا يجوز [بيع][(٧)] **ما لا يقدر على تسليمه، كالطير الطائر**، أي: وإن كان من عادته العود - **والعبد الآبق** - أي: وإن عرف موضعه - **وما أشبههما**[(٨)] مثل: الجمل الشارد، والفرس العائر[(٩)] والسمك في الماء، والعبد المنقطع الخبر، وأنواع ذلك.

---

(١) في جـ: ينبيك.
(٢) في د: القراض.
(٣) في د: خرج.
(٤) في جـ: أقرره.
(٥) في جـ، د: المقرر.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في جـ، د.
(٨) في التنبيه: أشبهه.
(٩) الفرس العائر: الشارد. ينظر: المصباح المنير (عثر).

ووجهه: ما روى أبو هريرة وابن عباس -رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ نهى عن [بيع][(١)] الغرر[(٢)].

وروى مسلم عن أبي هريرة عنه - عليه السلام-: أنه نهى عن بيع الغرر[(٣)].

وحقيقة الغرر: ما تردد بين جوازين متضادين الأغلب منهما أخوفهما، كذا قاله الماوردي، وغيره عبر عنه بأنه الذي ينطوي عنا عاقبته، ومنه أغر الثوب، يقال: رد الثوب إلى غره، أي: إلى طيه، وذلك موجود فيما ذكرناه.

وقد رُوي أنه - عليه الصلاة والسلام - نهي عن بيع الآبق[(٤)].

ووراء ذلك أمور أخرى:

أحدها[(٥)]: حكى الماوردي والمحاملي وغيرهما عن تخريج ابن سريج في النحل وجهًا: أنه يجوز بيعه خارج الكوارة إذا كانت معلومة.

وفرق الماوردي بينها وبين غيرها من الطيور: بأنها إذا حبست عن الطيران تلفت؛ لأنها لا تقوم إلا بالرعي، ولا نفع فيها إلا عند الطيران؛ لرعي مايستخلف من العسل، وليس كذلك ما سواها؛ لأن حبسه ممكن[(٦)] ومنفعته مع الحبس حاصلة.

وحكى الإمام: أن المذهب في غيرها - إذا كانت عادته العود - صحة البيع

---

(١) سقط في د.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٣٩) كتاب التجارات، باب: النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر، حديث (٢١٩٥)، وأحمد (١/ ٣٠٢)، والخطيب في تاريخ بغداد (٧/ ٣) كلهم من طريق أيوب ابن عتبة عن يحيى بن أبي كثير عن عطاء عن ابن عباس قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر. ومن طريق أيوب الطبرانيُّ في الكبير (١١/ ١٥٤) رقم (١١٣٤١). وقال البوصيرى في الزوائد (٢/ ١٧١) هذا إسناد ضعيف؛ لضعف أيوب بن عتبة اليمامى.
وللحديث طريق آخر عن ابن عباس: أخرجه الطبرانى في الكبير (١١/ ٢٥٤) رقم (١١٦٥٥) من طريق النضر أبي عمر عن عكرمة عن ابن عباس؛ أن النبى ﷺ نهى عن بيع الغرر.
قال الهيثمى في المجمع (٤/ ٨٣) رواه الطبرانى في الكبير وفيه النضر أبو عمر وهو متروك.

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٣) كتاب البيوع، باب: بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، حديث (٤/ ١٥١٣) عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وبيع الغرر.

(٤) ذكره الماوردي في الحاوي (٥/ ٣٢٦)، وابن القطان في بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام (٢/ ٤٤٦) ثم قال - أي عبد الحق الإشبيلي: إسناده لا يحتج به.
وقال ابن القطان: ولم يبين بما ضعف عنده، وقد بيناه في باب الأحاديث التي ضعفها ولم يبين عللها .

(٥) لم يعدد المصنف باقي الأمور، فلم يذكر ثانيًا ولا ثالثًا، وإنما أدخل بعضها في بعض.

(٦) في د: متمكن.

كالعبد، والأكثرون على الأول، وهو ما جعله الغزالي الأظهر، وحكى أيضًا فيه وجهًا فيما إذا كان في دار فيحاء يعلم حصوله لكن بعد عسر.

وهو جار في «السمك» في البركة الكبيرة إذا كان قد شاهده، وهو - في السمك - من تخريج ابن سريج، ولو لم يكن قد شاهده فلا يصح البيع.

قال الماوردي: وقد غلط بعض أصحابنا، فخرجه على بيع الغائب، وهو غلط؛ لعدم القدرة على وصفه، ومقتضى هذا: أنه إذا علم قدره ووصفه أن التخريج يتجه كما صرح به الرافعي.

وأحسن بعض الأصحاب فقال في العبد الآبق: إذا عرف مكانه، وعلم أنه يصل إليه إذا رام الوصول فليس له حكم الآبق.

وأبدى الإمام في جواز بيع المنقطع الخبر مع اتصال الرفاق، وعدم إجزائه في العتق عن الكفارة ظاهرًا احتمالاً في جواز بيعه(١)، ثم قال: ومما يجب ذكره أنّا إذا منعنا البيع فلو [تبين](٢) بقاء العبد فالظاهر عندي نفوذ البيع، وإن كان يلتفت على الوقف، ولكن إذا بان الأمر وكان البيع مستندًا إلى الملك والتمكن من التسليم فظن التعذر لا يبقى أثره مع تبين خلافه، وكان في المعاملات [أيضًا](٣) يضاهي صلاة الخوف من(٤) سواد يحسبه عدوًا ثم تبين(٥) خلافه، هكذا حكاه في «باب اللقيط».

ومن هذا القبيل بيع المغصوب الذي لايقدر على انتزاعه لا يصح بيعه من غير الغاصب، ويكفي في ذلك غلبة الظن لا التحقيق ويصح بيعه منه، وكذا من غيره إذا كان [البائع أو المشتري](٦) يقدر على نزعه منه، عند الشيخ في «المهذب»، والماوردي، وابن الصباغ، والمحاملي، وهو الصحيح عند غيرهم، لكن يثبت للمشتري الخيار إن كان هو القادر على تخليصه(٧)، وقد جهل الحال عند الشراء(٨)،

---

(١) قوله: وأبدى الإمام في جواز بيع المنقطع الخبر، مع اتصال الرفاق، وعدم إجزائه في العتق عن الكفارة ظاهرًا - احتمالاً في جواز بيعه. انتهى.
ومراد المصنف: أن الإمام قال: يحتمل جواز بيع العبد المنقطع الخبر مع تواصل الرفاق، وإن قلنا: لا يجزئ إعتاقه عن الكفارة ظاهرًا، والتركيب الذي عبر به المصنف فاسد، أفسده إعادته لجواز البيع في آخر الكلام. [أ و].

(٢) سقط في د.
(٣) سقط في ج، د.
(٤) في د: مع.
(٥) في د: بان.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: تحصيله.
(٨) قوله - في الكلام على المغصوب-: ويصح بيعه منه - أي من الغاصب - وكذا من غيره إذا =

وكذا إذا علم وعجز؛ لضعف طرأ عليه، أو قوة طرأت للغاصب.

[وفي الرافعي حكاية وجه أشار إليه الإمام: أنه لا خيار له(١)، وعلى الأول](٢) لو ادعى البائع أنه قادر على الانتزاع، فالقول قول المشتري مع يمينه، وكذا(٣) الحكم في بيع الآبق ممن يقدر على رده، ويجوز تزويج الآبقة والمغصوبة وإعتاقها بخلاف المكاتبة(٤)؛ على ما حكاه في البيان.

وفي كلام الماوردي عند الكلام في القبض حكاية عن ابن سريج مايدل على صحة هبة الآبق.

فرع: لو باع قطع جمد وزنًا، وكان [مما](٥) ينماع بعضه [إلى](٦) أن يوزن، ففي صحة بيعه وجهان منقولان في الرافعي في أواخر كتاب الإجارة عن فتاوى القفال(٧).

قال: **ولا ما في تسليمه ضرر**، أي: على البائع، وقد يجامعه ضرر المبيع، **كالصوف على ظهر الغنم**؛ لما روى ابن عباس أن النبي ﷺ نهى عن بيع اللبن في الضرع والصوف على ظهر [الغنم](٨)، ولأنه إن لم يشترط الجز فهو يزداد، وما يزاد بها

= كان البائع أو المشتري يقدر على نزعه منه عند الشيخ في المهذب، والماوردي وابن الصباغ والمحاملي، وهو الصحيح عند غيرهم، لكن يثبت للمشتري الخيار إذا كان هو القادر على تخليصه وقد جهل الحال عند الشراء. انتهى كلامه.

وهو صريح في إثبات الخلاف في الصحة عند قدرة البائع، وهذا لا توجيه له، ولم أقف عليه لأحد -أيضًا- بل صرح النووي في شرح المهذب بأنه لا خلاف في الصحة. [أ و].

(١) قوله - في المسألة-: وكذا، أي: يثبت الخيار أيضًا للمشتري، إذا علم وعجز؛ لضعف طرأ عليه، أو قوة طرأت للغاصب، وفي الرافعي حكاية وجه أشار إليه الإمام: أنه لا خيار له. انتهى كلامه.

واعلم أن إثباته لهذا الوجه ونقله إياه عن إشارة الإمام، قلد فيه الرافعي؛ فإنه قال: وفيه وجه آخر أشار إليه الإمام. هذا لفظه، وما ذكره ليس مطابقًا لكلام الإمام؛ فإن الإمام فرض ذلك في عجز البائع، والرافعي يتكلم في عجز المشتري، وقد نبه المصنف على ذلك في المطلب فقال - بعد حكاية لفظ الرافعي: قلت: الذي رأيت الإشارة فيه غير ذلك. ثم ذكر ما قلناه. [أ و].

(٢) سقط في جـ. (٣) في د: وهكذا. (٤) في جـ، د: الكتابة.

(٥) سقط في د. (٦) سقط في د.

(٧) قوله: فرع: لو باع قطع جمل وزنًا، وكان يباع بعضه إلى أن يوزن - ففي صحة بيعه وجهان منقولان في «الرافعي» في أواخر كتاب الإجارة عن «فتاوي» القفال. انتهى كلامه.

وهذا النقل عن «فتاوي» القفال غلط؛ فإن القفال لم يتكلم في هذه المسألة، والذي نقله الرافعي هناك عن الفتاوي المذكورة إنما هو التردد في مسألة أخرى، ثم نقل عن الأئمة أنهم خرجوا هذه المسألة على الجوابين المذكورين. [أ و].

(٨) سقط في جـ، أخرجه الدارقطني (٣/ ١٤)، البيهقي (٥/ ٣٤٠) وقال: تفرد به عمر بن فروخ وليس بالقوي - وقد أرسله عنه وكيع ورواه غيره موقوفًا.

يكون داخلاً في البيع فيؤدي إلى اختلاط المبيع بغيره وذلك ممتنع، كما سنعرفه من بعد - إن شاء الله تعالى - ولأن الحيوان قد يموت فيتنجس.

وإن شرط الجز فلا عرف منضبط حتى يرجع إليه، وظاهر العقد يقتضي أن يقطعه من أصله، وفي ذلك إضرار بالحيوان فيمنع منه.

وحكي [عن][1] بعض أصحابنا : أنه يجوز إذا شرط الجز.

ولا خلاف أنه إذا عيّن موضع الجز، صح البيع، إلا ما أبداه الغزالي احتمالاً من أجل أن يه تغيير عين المبيع.

ثم ما ذكرناه إذا كانت الغنم حية، أما المذكاة: فيجوز بيع الصوف عليها؛ إذ ليس في استيعاب جميعه إيلام، قاله الرافعي.

وفي «تعليق» القاضي الحسين في باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار: أنه إذا سلخ الجلد، فباع ما عليه من شعر دون الجلد لم يصح؛ لأنه لا يمكن استيعاب جميعه بالجز؛ لأنه يتعيب[2] به الجلد ويتضرر به البائع.

قال في «التهذيب»: ويجوز الوصية بالصوف على ظهر الغنم.

قال: **وبيع ذراع** - أي: معين - **من ثوب ينقص قيمته بقطعه**، أي: نقصانًا يختل بمثله؛ لأن الشرع منع من إضاعة المال، وجواز البيع يفضي إليه، أو[3] يتقاعد عن إيجاب التسليم. وأيضًا فإنه يفضي إلى تغيير عين المبيع، والبيع لا يوجبه، فيتقاعد البيع أيضًا عن إيجاب التسليم، وهذا ما اختاره الشيخ أبو حامد وحكاه صاحب التلخيص نصًا، وجزم به الإمام، وقال: لم يتشبث أحد بالخلاف. وإن رضي البائع بالنقص[4].

وفيه وجه حكاه الشيخ في «المهذب»، وابن الصباغ وغيرهما، وبه قال صاحب «التقريب»، وجزم به الماوردي-: أنه يصح؛ كما لو باع ذراعًا معينًا من أرض أو دار.

ومن قال بالأول فرق بأن التمييز في الأرض يحصل بالعلامة بين النصيبين، [من غير ضرر.

قال الرافعي: ولمن نصر خلافه أن يقول: الضرر حاصل بتضييق مرافق[5] البقية

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ج: يتعين.
(٣) في د: و.
(٤) في د: بالقبض.
(٥) في د: موافق.

بالعلامة وبتنقيص[١] القيمة]، فوجب أن يكون الحكم كما في الثوب.

واعترض ابن الصباغ على التعليل بالضرر بأنهما إذا رضيا به، وجب أن يصح البيع كما يصح بيع إحدى زوجي الخف[٢]، ومصراعي الباب وإن نقص تفريقهما من قيمتهما.

و[اعترض][٣] الماوردي: بأن هذا التعليل يفضي إلى نقص البيع في جميع المُشَاعات بما يستحقه من قسمتها[٤] المفضية إلى تنقيص الحصص، فاقتضى أن يكون مطرحًا.

قلت: وقد يجاب عما قالاه بأن الملكية[٥] فيما ذكراه لا تذهب بحيث لا يمكن تلافيها، بدليل زوال ما ذكر من النقص بشراء البائع ما باعه أو شراء[٦] المشتري ما بقي، ومالية النقص في بيع الذراع من الثوب ذهبت بالكلية لا تدارك لها فإضاعة المال محققة.

وقد جزم البغوي وغيره بمنع بيع نصف من سيف أو إناء.

وقال الرافعي: القياس طرد الوجهين فيه أيضًا.

أما إذا لم تنقص قيمة الثوب بقطعه [أي: يقطع الذراع المبيع][٧] كالكرباس الصفيق؛ فالذي أورده الجمهور الصحة.

وحكى الإمام ومن تابعه وجهًا، واختاره صاحب التلخيص: أنه لا يصح.

ولو باعه ذراعًا غير معين فالحكم فيه كما سنذكره، فيما لو باعه ذراعًا من أرض؛ إن جوزنا مثل ذلك، ولم ينظر إلى قطع الثوب، ولا يجيء الوجه الذي انفرد [به][٨] الإمام بنقله ثَمَّ.

فروع:

إذا باع شيئًا معينًا من جدار أو أسطوانة؛ نظر: إن كان فوقه شيء لم يجز لأنه لا يمكن تسليمه إلا بهدم ما فوقه.

وإن لم يكن، نظر: إن كان قطعة واحدة من طين أو خشب وغيرهما، لم يصح،

---

(١) في د: وبتنقص.	(٢) في د: خف.	(٣) زيادة للإيضاح.
(٤) في د: قيمتها.	(٥) في جـ: الملك.	(٦) في د: اشتراء.
(٧) زيادة للإيضاح.	(٨) سقط في د.

وإن كان من لبن أو آجر جاز، هكذا أطلقه في التلخيص، وهو محمول عند الأئمة على ما إذا جعل النهاية [شق نصف من الآجر و[١] اللبن دون أن يجعل القطع نصف سمكها]

وفي «النهاية»: أن الحكم في الخشبة كالحكم في الثوب، فإن كان القطع ينقصها لم يجز، وإلا فوجهان.

قال الرافعي: وفي تجويز البيع إذا كان من لبن أو آجر إشكال - وإن [جعل][٢] النهاية ما ذكره - من وجهين:

أحدهما: إن كان موضع الشق قطعة واحدة من طين أو غيره، فالفصل الوارد عليه وارد على ما هو قطعة واحدة.

والثاني: يثبت أنه ليس كذلك رفع بعض الجدار ينقص قيمة الباقي، وإن لم يكن قطعة واحدة فيفسد البيع؛ ولهذا قالوا: لو باع جذعًا في بناء لم يصح؛ لأن الهدم يورث النقصان، فأي فرق بين الجذع والآجر، وكذا لو باع فصًا في خاتم.

وذكر بعض الشارحين للمفتاح في تفاريع هذه المسألة : أنه لو باع دارًا إلا بيتًا في صدرها لا يلي شارعًا ولا ملكًا له، على أنه لا ممر له في المبيع[٣] لا يصح. انتهى.

وحكى القاضي الحسين مع هذا وجهًا[٤] آخر أنه يصح.

ومحلهما إذا لم يمكنه إيجاد ممر، أما إذا أمكنه صح.

ولو لم ينف الممر، ففي الرافعي أنه يستحق الممر، وفي «تعليق» القاضي الحسين في استحقاقه الممر في المبيع وجهان.

قال: ولا يجوز بيع المعدوم أي: كالثمرة التي لم تخلق؛ لنهيه - عليه السلام - عن بيع الغرر[٥]، وقوله ﷺ: «لا يحل بيع ما ليس عندك»[٦] كما خرجه الترمذي. وقال: إنه حديث حسن صحيح.

قال: ولا بيع العربون[٧].

وصورته على ما قال القتبي: أن يشتري سلعة، ويدفع درهمًا أو دينارًا على أنه إن تم البيع كان المدفوع من الثمن، وإن لم يتم ورد السلعة؛ كان ذلك للبائع.

---

(١) في د: أو.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: البيع.
(٤) في جـ: وجه.
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) تقدم تخريجه.
(٧) في جـ، د: الأربون.

ووجه فساده: نهيه - عليه السلام - عن بيع الغرر[١]، وروي أنه - عليه السلام-: «نهى عن بيع المُسْكان»[٢] وهو بيع العربون[٣]، وجمعه مساكين، كما جمعوا العربان على عرابين؛ ولأن معنى القمار قد تضمنه.

ويقال في هذا أيضًا: أَرْبون، وأُرْبان، وعُرْبان، وعَرَبون، وعُرْبون، وبذلك تكمل[٤] فيه ست لغات، وهو أعجمي عُرِّب، واللغة العالية عربون بالفتح، وأصله في اللغة التسليف والتقديم.

وبعضهم استدل على بطلان هذا البيع بما روي [عن][٥] عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ «نهى عن بيع العربان»[٦] وهو منقطع عند أبي داود.

وفي سنده ابن لهيعة.

وما رُوي أنه - عليه السلام - سئل عن العربان فأحله، وأن زيد بن أسلم راويه سئل عنه [فقال][٧]: هو الرجل يشتري السلعة، فيقول: إن أخذتها، وإلا رددتها ورددت معها درهما - هو مرسل، وفي إسناده الأسلمي[٨].

قال: ولا يجوز بيع ما يجهل قدره كبيع الصبرة إلا قفيزًا منها ، أي: وهي مجهولة [لهما][٩] ؛ لما روى مسلم أن النبي ﷺ نهى عن المحاقلة، والمزابنة، [والمعاومة][١٠] والمخابرة، وعن الثنيا، ورخص في العرايا[١١].

---

(١) تقدم تخريجه. (٢) ذكره الماوردي في الحاوي (٥/ ٣٣٨).

(٣) في ج، د: الأربون. (٤) في ج: يتكمل. (٥) سقط في د.

(٦) أخرجه مالك (٢/ ٦٠٩)، كتاب البيوع، باب: ما جاء في بيع العربان، حديث (١)، عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به. وأخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٣)، كتاب البيوع، باب: في العربان حديث (٣٥٠٢)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٨)، كتاب التجارات، باب: بيع العربان، حديث (٢١٩٢) من طريق مالك به. قال ابن عبد البر في الاستذكار (١٩/ ٨، ٩)، وقد تكلم الناس في الثقة عند مالك هذا الموضع وأشبه ما قيل فيه أنه ابن لهيعة؛ لأن هذا الحديث أكثر ما يعرف عن ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب. أ هـ. وقد أخرجه البيهقي (٥/ ٣٤٣) من هذا الوجه، وأخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٣٩)، كتاب التجارات، باب: بيع العربان، حديث (٢١٩٣)، من طريق حبيب بن أبي حبيب عن عبد الله بن عامر الأسلمي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به.
قال ابن عبد البر في الاستذكار (١٩/ ٩) ولكن حبيبًا متروك لا يشتغل بحديثه ويقولون: إنه كذاب بما يحدث به.

(٧) سقط في د.

(٨) ذكره الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير (٣/ ٣٩)، وعزاه إلى عبد الرزاق وضعف إسناده.

(٩) سقط في د. (١٠) سقط في ج.

(١١) أخرجه أحمد (٣/ ٣٦٤)، ومسلم (٣/ ١١٧٥) كتاب البيوع، باب: النهي عن المحاقلة =

وقال النسائي: «وعن الثنيا إلا أن تعلم»[(١)].

قال المحاملي: والثنيا: أن يبيع شيئًا ويستثني بعضه؛ ولأن الصبرة ليست معلومة بكيل ولا وزن، وإنما التعويل في إعلامها على العيان، فإذا استثنى منها مقدارًا اختل به ضبط العيان، فلا يشار إلى شيء منها [إلا][(٢)] وللصاع المستثنى منه نصيب، وذلك يكسب المبيع جهالة لا تحتمل.

كذا وجه الإمام المنع فيما إذا باع ثمرة البستان إلا مُدًّا منها، وقال: إن المنع متفق عليه في كتبه الجديدة والقديمة، وأن بيع الصبرة إلا قفيزًا منها مثله.

أما إذا كانت الصبرة معلومة لهما؛ فالبيع صحيح، والاستثناء ثابت، ولا حاجة إلى ذكر أمداد الصبرة لفظًا.

وكذا يجوز بيع الصبرة إلا ربعها أو جزءًا معلومًا منها وإن كانت مجهولة.

ومن طريق الأولى إذا باع جميع الصبرة وهي مجهولة.

ولكن هل يكره؟ فيه قولان في «الشامل» وغيره.

وعكس هذه المسألة، لو قال: بعتك صاعًا من هذه الصبرة وكانت معلومة الصيعان، كعشرة مثلاً؛ صح العقد؛ لأنه قد وجد موردًا يمكن الإشارة إليه، لكن ينزل

= والمزابنة، الحديث (٨٥/ ١٥٣٦)، وأبو داود (٣/ ٦٩٣ - ٦٩٤) كتاب البيوع، باب: في المخابرة، الحديث (٣٤٠٤)، والنسائي (٧/ ٢٩٦) كتاب البيوع، باب: النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم، وابن ماجه (٢/ ٧٤٧) كتاب التجارات، باب: بيع الثمار سنين والجائحة، الحديث (٢٢١٨)، والترمذي (٣/ ٦٠٥) كتاب البيوع، باب: ما جاء في المخابرة والمعاومة، حديث (١٣١٣)، وابن الجارود ص (٢٠٥)، باب: المبايعات المنهى عنها من الغرر وغيره، الحديث (٥٩٨)، والبيهقي (٥/ ٣٠٤) كتاب البيوع، باب: من باع ثمر حائطه واستثنى منه مكيلة مسمامة فلا يجوز، من حديث جابر بن عبد الله قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة، والمزابنة، والمعاومة، والمخابرة، وعن الثنيا، ورخص في العرايا» لفظ مسلم، وقال الترمذي: هذا حديث صحيح.

وأخرجه البخاري (٥/ ٦٠، ٦١) كتاب الشرب والمساقاة، باب: حلب الإبل على الماء، حديث (٢٣٨١)، ومسلم (٣/ ١١٧٤) كتاب البيوع، باب: النهي عن المحاقلة والمزابنة، حديث (٢/ ١٥٣٦)، والشافعي (٢/ ١٥٢) رقم (٥٢٥)، والنسائي (٧/ ٢٦٣) كتاب البيوع، باب: بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه، وأحمد (٣/ ٣٦٠) من طريق ابن جريج عن عطاء عن جابر؛ أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة والمزابنة والمحاقلة، وأن يباع الثمر حتى يبدو صلاحه، وألا يباع إلا بالدنانير والدراهم، ورخص في العرايا.

(١) تقدم. (٢) سقط في جـ.

العقد على الإشاعة، ويكون المبيع منها العشر، حتى لو تلف منها صاع بطل العقد في عشر المبيع، وفي باقيه تفريق الصفقة.

أو [ينزل العقد][١] على واحد منها على الإبهام، وللبائع التعيين.

ولو تلفت إلا صاعًا بقي العقد [فيه][٢]، وفيه وجهان، اختيار القفال منهما على ما حكاه الإمام الأول، وهو الذي عليه الجمهور، كما حكاه الرافعي، وبه جزم في الوجيز.

ولو كانت مجهولة الصيعان، ففي صحة البيع وجهان، بناهما الإمام على الخلاف فيما إذا كانت معلومة الصيعان.

فإن نزل العقد على صاع منها صح هاهنا كذلك، و إن نزل على الإشاعة بطل هاهنا؛ لأنه بيع جزء مجهول.

قال الإمام: واستدل القفال عليه بما لا مدفع له فقال: لو قسمت الصبرة أمدادًا وميزت، ثم قال مالكها: بعتك مدًّا منها فالبيع باطل، ولا فرق بين أن تتميز كذلك وبين أن تجمع، ولا بين بيع شيء مجهول القدر مضبوطًا بالعيان يستثنى منه مقدور وبين بيع مقدر مضاف إلى مجهول القدر مضبوط بالعيان، وهذا معنى قول الغزالي: «فأي فرق بين استثناء المعلوم من المجهول، واستثناء المجهول من المعلوم والإبهام يعمهما؟»؟! وفي الفرق غموض.

وقد ذكر في «تعليق» القاضي الحسين فرق بين ما أورده القفال أولاً وبين هذه المسألةُ وهو أن الصيعان إذا فرقت تتفاوت في الكيل؛ لأنه ربما كان أحدهما أكثر من غيره لو كيل ثانيًا، ولم يوجد هذا المعنى في مسألتنا، وهذه المادة مأخوذة مما ذكرناه فيما إذا اشترى طعامًا مكايلة فقبضه، ثم باعه مكايلة، لا بد من كيله ثانيًا؛ لهذا المعنى.

وفي شرح التنبيه لابن التلمساني فرق بين ما أورده القفال ثانيًا وبين مسألتنا وهو أن المبيع في مسألة الصاع معلوم القدر، والمبيع فيما استشهد به مجهول القدر، فإنه مع تقدير الإخراج[٣] لا تبقى البقية المنسوبة إلى المشاهدة والتخمين إذا كان المبيع هو الجملة إلا صاعًا، فانحسمت طرق التعريف من الإشاعة بالجزئية والمشاهدة، وقد كان القفال إذا سئل عن هذه المسألة يفتي بالوجه الأول ويقول: المستفتي يستفتي

---

(١) زيادة للإيضاح. (٢) سقط في جـ. (٣) في د: الإجماع.

عن مذهب الشافعي لا عما عندي.

واعلم أن بناء الإمام قد يظهر أنه مناقض، فإن ظاهر المذهب على ما حكاه عند الكلام في «بيع ذراع من الدار» والأصح على ما حكاه في كتاب القراض وغيره أيضًا صحة البيع، حتى قال في «التهذيب»: لو لم يبق إلا صاع سلم إليه، وما حكي عن الجمهور تنزيل العقد في حالة العلم على الإشاعة، ومقتضاه أن يكون الراجح عدم الصحة، لكن سبيل تصحيحه أن يقال: إنهم ينزلون العقد على الإشاعة إذا أمكن.

وإذا لم يمكن فهو منزل على صاع منها؛ لاستواء الغرض، وهذا مصرح به في «تعليق» القاضي الحسين، وإليه أشار الرافعي أيضًا.

وبنى الغزالي الخلاف في هذه المسألة على مأخذ فساد البيع فيما إذا قال: بعتك عبدًا من هذه الأعبد الثلاثة، هل هو الغرر الذي فيه مع سهولة الاجتناب عنه، أو لأن العقد لا بد له من مورد يتأثر به كما في النكاح؟

فعلى الأول يصح هاهنا إذ لا غرر؛ لتساوي أجزاء الصبرة بخلاف العبيد، وإن تساوت قيمها؛ لأن أعيانها مقصودة.

وعلى الثاني يبطل، وهو الأصح عنده.

وقد حكى في «التتمة» عن القديم قولاً مثل مذهب أبي حنيفة أن البيع يصح في مسألة العبيد إذا قال: بعتك أحد عبيدي أو عبيدي الثلاثة على أن تختار من شئت في ثلاثة أيام فما دونها، وعلى هذا لا يمكن البناء. والمذهب بطلان البيع.

وفساد القديم يظهر بعدم اطراده في الثياب وغيرها من الدواب والأعيان، فإن أبا حنيفة لم يطرد قوله كما حكاه أصحابنا فيها، ولا فيما زاد على الثلاثة أعبد.

ولو لم يملك من الأعبد الثلاثة إلا واحدًا فقال: بعتك عبدي منها، وهو غير معروف، ففي «التهذيب» الجزم بالبطلان، وفي «التتمة» تخريجه على بيع الغائب مع مشاهدة جميعهم.

فرع: لو قال: بعتك صاعًا من هذه الصبرة ونصف الباقي بعده - لم يصح؛ لأن الباقي[1] يبقى مجهولاً، قاله القاضي الحسين.

وأبدى الإمام فيه في كتاب القراض احتمالاً من حيث إن بيع الصاع وحده مع

(١) في جـ: الثاني.

جهالة الصبرة صحيح، فَذِكْرُ بعضها[(١)] بعد أخذ الصاع [منها][(٢)] كذكر نصفها من غير أخذ نصف الصاع.

ولو قال: بعتك نصف الصبرة وصاعًا من النصف الآخر، لم يصح.

قال القاضي الحسين في كتاب المساقاة: لأنه لم يصر المبيع من الصبرة معلومًا بالجزئية.

قال الإمام: وهذا التفريع إنما يحسن إذا لم نجوِّز بيع صاع من صبرة مجهولة الصِّيعان، فإن جوزناه فبيع النصف من الصبرة المجهولة جائز، وبيع صاع من النصف الباقي، كصبرة مجهولة بيع صاع منها.

آخر: بيع القز وفيه الدود يجوز جزافًا، وبالوزن لا.

تنبيه: الصبرة: واحد الصُّبَر، وهي الكومة المجموعة من الطعام، وسميت صبرة؛ لإفراغ بعضها على[(٣)] بعض.

والقفيز: مكيال سعته ثمانية مكاكيك، والمكوك: صاع ونصف، والعرق: ستة عشر رطلاً.

والإردب، قال الإمام: مكيال من مكاييل مصر، واللفظ من لغة أهله.

وقيل: إنه يسع أربعة وعشرين صاعًا، قاله في باب الشروط التي تفسد البيع. والنووي أطلق حكاية ذلك.

والقَنْقَل: نصف أردب، والكُرُّ: سِتُّون قفيزًا.

قال: ولا يجوز بيع ما يجهل صفته. هذا الكلام فيه إشارة إلى علة المنع، ووراءها أمور نذكرها.

قال: كالحمل في البطن، أي: إذا أفرد بالعقد؛ لنهيه - عليه السلام - عن بيع الغرر[(٤)] وعن بيع المجر، والمجر - بميم مفتوحة وجيم ساكنة وراء مهملة-: هو شراء ما في الأرحام، وعن بيع الملاقيح والمضامين[(٥)]، والملاقيح: ما في البطون من

---

(١) في جـ: نقصها. (٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ، د: إلى. (٤) تقدم.
(٥) أخرجه البزار (٢/ ٨٧ - كشف) رقم (١٢٦٧)، والطبران في الكبير كما في نصب الراية (٤/ ١٠) من طريق إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس؛ أن النبي ﷺ نهى عن الملاقيح والمضامين وحبل الحبلة.

=

الأجنة، والواحد منها: ملقوحة، والمضامين: ما في أصلاب الفحول، ولأنه غير مقدور على تسليمه، ويجهل قدره هل هو واحد أو أكثر؟

ولا فرق في ذلك بين أن يبيعه من مالك الأم أو من غيره.

أما إذا بيع مع أمه بأن قال: بعتك الجارية وحَمْلها بكذا فهل يصح؟ فيه وجهان محكيان في «تعليق» القاضي الحسين، وبناهما المتولي على أن الحمل هل يقابله قسط من الثمن عند الإطلاق أم لا؟

فإن قلنا: لا يقابله، بطل.

وإن قلنا: يقابله، فالمذهب أن العقد صحيح، وقوله: «وحملها» تصريح بمقتضى العقد.

وهكذا الحكم فيما إذا قال: بعتك الجبة وحشوها.

ولا خلاف أنه إذا باع الأم من غير تعرض لذكر الحمل في اندراجه [إذا لم يكن][(١)] بقيةً من حمل وضعت بعضه[(٢)]، لكن هل يقابله قسط من الثمن أم[(٣)] لا؟ فيه وجهان ينبنيان على أن الحمل هل يعرف أم لا؟ والصحيح أنه يعرف.

وإذا كانت الأم ثمنًا أو صداقًا أو أجرة أو بدلًا في خلع أو صلح فحكمه في التبعية[(٤)] كما إذا بيعت، وهذا إذا وقع البيع بالاختيار.

أما إذا وقع لا عَنْ رضا المالك كالبيع المحتوم في حق المرتهن، ففي تبعيته للأم قولان جاريان فيما لو انتقل الملك عن الأم قهرًا بفسخ العقد وقد حدث في ملك المنتقل عنه، ويستوي فيه الرد بالعيب، وبسبب الإفلاس، والرجوع في الهبة، وهل تستتبعه الأم في العقود الاختيارية الخالية عن المعاوضة كالرهن والهبة؟ فيه قولان، والجديد في الهبة: أنه لا يتبع.

وحكم الثمرة غير المؤبرة حكم الحمل فيما ذكرناه، صرح به الإمام في باب الخراج بالضمان، والماوردي في الثمرة أيضًا في باب ثمرة الحائط.

= قال البزار: لا نعلمه عن ابن عباس إلا بهذا الإسناد.

وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ١٠٧) وقال: رواه الطبراني في الكبير والبزار، وفيه إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة، وثقه أحمد، وضعفه جمهور الأئمة.

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: بضعه.
(٣) في جـ: أو.
(٤) في جـ: البيعة.

أما إذا كان الولد المجنن بقية حمل وضعت بعضه في يد البائع ثم وضعت باقيه في يد المشتري، قال الإمام في آخر «النهاية»: ظاهر نص الشافعي أن الولدين للبائع، وهو خلاف القياس.

قال الشيخ أبو علي: كان الخضري يحكي قولين في المسألة:

أحدهما: ما نسبناه إلى النص.

والثاني - ما رأيناه الصواب، لا يجوز غيره-: أن الثاني للمشتري.

ثم إذا حكمنا بأن الحمل للبائع فيجب أن يحكم بفساد البيع في الأم على ظاهر المذهب.

قلت: وهذ الخلاف كالخلاف في استتباع ما أُبِّرَ ما ولم يطلع وسنذكره إن شاء الله تعالى.

قال: **واللبن في الضرع**(١)، لما روى ابن عباس أن النبي ﷺ نهى عن بيع اللبن في الضرع، ولأنه مجهول القدر، فإن الضرع قد يكون ثخينا فيكون اللبن قليلاً، وقد يكون رقيقًا فيكون اللبن كثيرًا؛ ولأنه يتجدد شيئًا فشيئًا إذا أخذ في الحلب، وما يحدث ليس مبيعًا، فلا يتأتى التسليم.

ولا فرق في ذلك بين أن يعين قدرًا من اللبن أو [لا](٢) على الصحيح من المذهب؛ لأن وجود القدر المذكور في الضرع لا يتحقق.

وفي توجيه القاضي الحسين [له](٣) أنه قيل(٤) : إن ما في الضرع يكون دمًا، ثم ينقلب بالحلاب لبنًا بجريانه على عروق الضرع.

وفيه وجه: أنه يصح، إذا رأى منه أنموذجًا، وقال للطالب: بعتك من هذا اللبن الذي في الضرع مُدًّا مثلاً.

قال الإمام: وهذا يحتاج إلى فضل نظر، فإن باع مقدارًا لا يتأتى حلبه إلا ويتزايد اللبن مع حلبه، فلا ينفع أبدًا الأنموذج، فإن المانع قائم.

وذكر الوجهين مطلقًا يشير إلى أن المحذور حيث لا أنموذج، وعدم الرؤية، أو عدم الإحاطة بالصفات.

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: قال.

ومن سلك هذا المسلك يلزمه التخريج على بيع الغائب، وكان شيخي يتأنق في التصوير ويقول: إذا ابتدر حلبه واللبن على كمال درَّته، لم يظهر اختلاط شيء به له قدر وبه مبالاة، وإن فرض شيء على بعد - فمثله محتمل، كما إذا باع جزءًا[(١)] من قرط.

فإذا قل مقدار المبيع وتصور بالصورة التي ذكرناها، وفرض أبدًا الأنموذج فينقدح ذكر خلاف هاهنا.

ومن حقيقة هذا أن الخلاف إذا رُدَّ إلى تقليل المقدار، فلا حاجة إلى ذكر الأنموذج في التخريج على الخلاف.

وحاصل القول: أنه إذا ظهر الزائد والاختلاط، امتنع البيع قولاً واحدًا، وإن قل المقدار، فمن أصحابنا من يرى إلحاق هذا ببيع الغائب.

ومنهم من حسم الباب وراء إلحاق القليل بالكثير؛ فإنه لا ضابط للقدر الذي يقال فيه: إنه مبيع خالص غير مختلط، وهذا ما حكاه المتولي.

ولما تأمل الغزالي كلام الإمام قال: وغلط الفوراني إذ ذكر في الأنموذج وجهين، وصور محل الخلاف فيما إذا قبض على قدر من الضرع و [أحكم][(٢)] شَدَّهُ.

قال والمسك في[(٣)] **الفأرة** [أي][(٤)] : قبل الفتق، كما صرح به المحاملي، والإمام؛ لأن بقاءه في غير الفأرة ممكن؛ فلم يصح بيعه مع استتاره بها، والجهل بقدره كالدر في الصدف.

وحكى الإمام عن صاحب «التقريب» وغيره عن ابن سريج: أنه قال: يصح بيعه؛ لأن بقاءه فيها من مصلحته؛ لأنها تحفظ رطوبته ورائحته، فكان بمنزلة الجوز واللوز في قشره.

وقال الإمام: الوجه عندنا تخريج البيع على بيع الغائب؛ فإن بيع المسك في فأرته مع فأرته لا يزيد على بيع الثوب في الكم، فإن كان ما ذكره الأصحاب جوابًا على منع بيع الغائب فصحيح.

وإن قطعوا بالفساد، وفرقوا بينه وبين الغائب، فهذا لا سبيل إليه.

---

(١) في جـ: جره.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: ففي.
(٤) سقط في جـ.

والتخريج على بيع الغائب هو المذكور في «تعليق» القاضي الحسين فيما إذا باع المسك دون الفأرة، وصحة البيع مع الفأرة، وهو مفرع على القول بطهارة الفأرة، وهو الصحيح، أما إذا قيل بنجاستها جاء في ذلك الخلاف في تفريق الصفقة، وسنذكره.

ولو كان رأس الفأرة مفتوحًا، وقد رأى المسك فيها، فقد صرح الماوردي بصحة بيعه جزافًا وبالوزن، وفصل المتولي، فقال: إن لم يتفاوت ثخنها، ورأى جوانبها، صح، وإلا فلا.

وقال الإمام: الحكم في ذلك كما إذا باع السمن مع ظرفه، والذي ذكره بعض المحققين فيه مثل ما قاله المتولي في الفأرة، وخرجه أبو حامد[1] على بيع الغائب، وأن الأوجه القطع بالفساد.

قال الإمام: وهذا الذي ذكره صحيح لا شك فيه.

فرع: بيع اللحم في الجلد قبل السلخ، لا يصح على الأصح.

وقيل: يتخرج على بيع الغائب، وهكذا الحكم فيما إذا بيعا معًا.

وبيع القطن بعد التشقق في جوزه لا يصح - وإن كان على الأرض - عند أبي حامد.

وفي جواز بيع الجوهر[2] لمن لا يعرف الجوهر من الزجاج وجهان.

تنبيه: فأرة المسك مهموزة، كفأرة الحيوان، ويجوز ترك الهمز.

وقال الجوهري: ليست مهموزة وهي تنفصل عن الظبية خلقة، وحشوها المسك، وذلك مخصوص بذلك الجنس، وهي على موضع السرة منها، والرب - تعالى - يربي في كل سنة فأرة، وينميها وتبقى ملتحمة ثم تستشعر بأطرافها قمثًا فتحتك الظبية بالصَّرار والمواضع الخشنة فتسقط الفأرة. كذا قاله الإمام.

قال: وبيع ذراع من الدار[3] أي: غير معين، وهما لا يعلمان ذرعان الدار؛ لأنه لا يمكن حمله على الإشاعة للجهل بالنسبة، ولا على ذراع غير معين لاختلاف أجزائها، وذلك غرر، بخلاف بيع صاع من صبرة مجهولة،[4] حيث صححنا العقد على ظاهر المذهب؛ لأنها متساوية الأجزاء، فأمكن تنزيل العقد على صاع لا بعينه.

---

(١) في جـ: أبو محمد.
(٢) في د: جوهره.
(٣) في التنبيه: دار.
(٤) زاد في جـ: و.

أما لو علما ذرعان الدار، فالبيع صحيح، وينزل على الإشاعة.

قال الإمام: إلا أن يعني بالذراع[١] معينًا، لا[٢] على تأويل الإشاعة، فلا يصح العقد حينئذ.

ولو اختلف البائع والمشتري، فقال المشتري: أردت جزءًا شائعًا فيها. وقال البائع: بل أردت ذراعًا معينًا لا على مذهب الإشاعة، بل نحوت بذكر الذراع نحو قول القائل: بعت شاة من القطيع - فهذا فيه احتمال عندنا:

يجوز أن يقال: الظاهر حمله على الإشاعة.

ويجوز أن يقال: يقبل قول البائع؛ فإن اللفظ الصريح في الإشاعة الجزء المنسوب إلى الكل كالنصف والربع.

وحكى [عند الكلام][٣] في بيع صاع من الصبرة وجهًا: أن البيع لا يصح وإن لم يجر اختلاف، وهو بناء على أن مأخذ الصحة فيما إذا باع صاعًا من عشرة آصع أن العقد يرد على صاع لا بعينه، ولا يخفى أنه إذا باع ذراعًا معينًا منها أنه يصح، وكذا ما فوقه إذا عين الابتداء والانتهاء، ولو عين الابتداء في طول العرض دون الانتهاء فأصح الوجهين في «الشامل» وغيره: الصحة، وفي «الحاوي»: الأصح البطلان.

ولو وقف في وسط الأرض، [وقال][٤]: بعتك عشرة أذرع ابتداؤها من موقفي لم يصح.

ولو خط في وسط الأرض دائرة وباعها، صح البيع إذا عين له ممرًّا، فلو أطلق استحقاق ممر، ولم يعينه، بطل، [ولو لم][٥] يشترطا ممرًّا وأطلقا العقد فهل يقتضي الإطلاق ثبوت ممر؟ فيه وجهان:

فإن قلنا: يقتضيه - وهو المذهب؛ كما قال القاضي الحسين - صح، وثبت له حق الاختيار من كل جانب كما كان للبائع، وكذا إذا قال: بعتكها بحقوقها.

وإن قلنا: لا يقتضيه، ففي صحة البيع وجهان، كما لو صرح بنفي الممر:

أصحهما في «النهاية» - وبه جزم القاضي الحسين - البطلان.

والغزالي رجح وجه الصحة، والأكثرون على خلافه.

---

(١) في د: بالدار. (٢) في د: إلا. (٣) سقط في د.
(٤) سقط في ج. (٥) في ج: ولم.

وهذا كله إذا لم تكن متاخمة للشارع، [أما إذا كانت متاخمة للشارع][١]، أو لملك المشتري، فعند الإطلاق لا يثبت له حق الممر.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: حكاية وجهين [فيه][٢]، في باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار وحكاهما أيضًا، فيما إذا باع دارًا مطلقًا، وكان ظهرها مما يلي الشارع أو ملك المشتري، هل له الاستطراق في الممر المعروف بالدار أم لا؟ ويجب أن يفتح لها بابًا في «كتاب الشفعة».

وعند إدخال الحقوق في البيع إذا كانت الأرض متاخمة لملكه يكون الحكم كما لو لم تكن متاخمة لملكه عند الإمام، وأجرى الإمام هذا الفصل كله فيما إذا باع بيتًا من دار ولم يتعرض لإدخال حق الممر في العقد.

فرع: إذا عين خطين، وقال: بعتك من هذا الخط إلى هذا الخط، لم يدخل الخطان في البيع، حكاه القاضي الحسين في التعليق.

قال: وفي بيع الأعيان التي لم يرها المشتري قولان: أصحهما: أنه لا يجوز؛ لنهيه -عليه السلام- عن بيع الغرر، وعن بيع غائب بناجز[٣]، ولم يفصل بين صرف وغيره فهو على عمومه؛ ولأنها عين لم يرها من ابتاعها[٤]، غُبن فلم يصح بيعها؛ قياسًا على الثوب في الغبن، وهذا أحد قولي الجديد الذي نص عليه في «الأم» و«البويطي» و«الرسالة» والسنن، وهو اختيار المزني والربيع والبويطي.

قال: والثاني: أنه يجوز إذا وصفها [أي][٥]: بأن يقول: بعتك العبد التركي[٦] الذي في بيتي، أو الفرس العربي الذي في إصطبلي، وما أشبه ذلك إذا لم يكن ثم غيره.

ووجهه: عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وما روى الدارقطني: أن النبي ﷺ قال: «من اشترى شيئًا[٧] لم يره فهو بالخيار إذا رآه»[٨].

وفي رواية: «إن شاء أخذه وإن شاء تركه»؛ ولأن عثمان بن عفان وطلحة تناقلا

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في د. (٣) في ج، د: يتأخر.
(٤) في د: مناعها. (٥) سقط في د. (٦) في ج: الزكى.
(٧) في د: ما.
(٨) أخرجه الدارقطني (٣/ ٤، ٥)، البيهقي (٥/ ٢٦٨)، وقال الحافظ في تخليص الحبير (٣/ ١٣)، وفيه عمر بن إبراهيم الكردي مذكور بالوضع.

دارين إحداهما بالبصرة، والأخرى بالكوفة، فقيل لعثمان: إن غبنت؟ فقال: لا أبالي؛ لأني بعت ما لم أره فلي الخيار إذا رأيتها، وقيل لطلحة، فقال: إن لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أره - فترافعا إلى جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة.

وقد رُوي أن عبد الله بن عمر اشترى أرضًا لم يرها.

وعبد الرحمن بن عوف اشترى إبلاً لم يرها ولم يخالف هؤلاء الخمسة أحد فكان إجماعًا.

وقيل: يشترط مع ما ذكرناه ذكر معظم الصفات، وضبطه البغوي بما يوصف به المدعى عند القاضي، وفي «التتمة»: عد هذا وجهًا آخر.

وقيل: يشترط استيعاب جميع صفات السلم.

وقال الماوردي[1]: إنه ليس بشرط باتفاق الأصحاب.

وحُكي عن البصريين أنه إذا استوعب ذلك بطل؛ لأنه يخرج عن بيوع الأعيان، ويصير من بيوع السلم، والسلم في الأعيان لا يجوز[2].

---

(١) في ج: السلمي.

(٢) قوله: وفي بيع الأعيان التي لم يرها المشتري قولان، أصحهما: أنه لا يجوز؛ لنهيه - عليه الصلاة والسلام - عن بيع الغرر، والثاني: يجوز إذا وصفها، أي بأن يقول: بعتك العبد التركي الذي في بيتي؛ إذا لم يكن ثم غيره. ثم قال ما نصه: وقيل: يشترط مع ما ذكرناه ذكر معظم الصفات، وضبطه البغوي بما يوصف به المُدَّعَى عند القاضي.

وفي التتمة عدا هذا وجهًا آخر:

وقيل: يشترط استيعاب جميع صفات السلم.

وقال الماوردي: إنه ليس بشرط باتفاق الأصحاب.

وحكى عن البصريين أنه إذا استوعب ذلك بطل؛ لأنه يخرج عن بيوع الأعيان ويصير من بيوع السلم، والسلم في الأعيان لا يجوز. انتهى كلامه بحروفه.

وفيما قاله أمران:

أحدهما: أن ما نقله عن البغوي من ضبط الصفات بما يوصف به في الدعوى، يقتضي أن البغوي جازم بذلك أو مصحح له، وليس كذلك؛ بل حكى فيه وجهين من غير ترجيح، فقال ما نصه: ثم فيه وجهان: أحدهما: يشترط ذكر أوصاف السلم، والثاني: ما يوصف به المدعى عند القاضي. هذا لفظه.

الأمر الثاني: أن ما نقله عن الماوردي من الاتفاق على أنه لا يشترط استيعاب صفات السلم، غلط؛ فإن الماوردي إنما نقل الاتفاق على أنه لا يشترط استيعاب الصفات كلها التي هي زائدة على صفات السلم؛ فإنه قال: والوجه الثاني: أنه لا بد من ذكر الصفة؛ لأنه مبيع غائب فافتقر إلى ذكر الصفة كالسلم، فعلى هذا: إذا قيل: إن الصفة شرط في صحة العقد، فهل يصح أن يصفه بأقل صفاته، أوْ لا يصح إلا بذكر أكثر صفاته؟ على وجهين. ثم قال: فأما ذكر جميع صفاته فليس شرطًا باتفاق =

وحكى الإمام وجهًا: أن ذكر الجنس لا يشترط، فيكفي أن يقول: بعتك ما في كمي.

وعن أصحاب القفال أنه يشترط ذكر الجنس دون النوع.

والمذهب الأول.

ولو كان المبيع عقارًا فلا بد من ذكر البلد الذي هو فيه، وفي ذكر البقعة وجهان. تقدم ذكرهما، ويشترط فيه ذكر الحدود ولا يُكتفى باثنين منها.

وهل يُكتفى بذكر ثلاثة:

نظر: إن لم يحصل بها [التمييز][(١)]، لم يكف؛ وإلا كفى على الأصح؛ حكاه الماوردي، وفي إيراده ما يشعر بأن[(٢)] هذا لا يختص ببيع الغائب[(٣)].

قال: ويثبت للمشتري الخيار إذا رآها؛ للحديث، ولقضية عثمان، وهل يوصف العقد قبل الرؤية بالتمام؟ فيه وجهان:

اختيار أبي إسحاق: أن العقد ليس بتامٍّ، حتى لو مات أحدهما، أو جن، أو حجر

= أصحابنا. هذا لفظه. وقال الشاشي في الحلية: هل يفتقر إلى ذكر الصفات؟ فيه ثلاثة أوجه، أظهرها: لا يفتقر، والثاني: إلى ذكر معظمها، والثالث: يفتقر إلى ذكر جميعها. [أ و].

(١) سقط في جـ.

(٢) في جـ: أن.

(٣) قوله: ولو كان المبيع عقارًا فلا بد من ذكر البلد الذي هو فيه، وفي ذكر البقعة وجهان تقدم ذكرهما، ويشترط ذكر الحدود، ولا يكتفي باثنين منها، وهل يكتفي بذكر ثلاثة؟ نظر: إن لم يحصل بها التمييز لم يَكْفِ، وإلا كفي على الأصح، حكاه الماوردي، وإيراده يشعر بأن هذا لا يختص ببيع الغائب. انتهى كلامه.

وما ذكره - رحمه الله - من تقدم ذكرهما صحيح، ومحله في آخر الباب قبله، وما نقله - أيضًا - عن الماوردي في صلب المسألة صحيح، ومحله في «الحاوي» بعد نحو كراس من أول البيع، فقال تفريعًا على جواز بيع الغائب: فلا بد - أي في العقار - من ذكر البلد الذي هو فيه، فيقول: بعتك دارًا بالبصرة؛ لأن بذكر البلد يتحقق ذكر الجنس ويصير في جملة المعلوم، فأما ذكر البقعة من البلد ففيه وجهان: أحدهما: يلزم، والثاني: لا؛ لأن البقعة تجري مجرى الصفة . هذه عبارته.

وأما الذي نقله عنه - أي عن الماوردي - في ذكر الحدود، فذكره بعد ذلك بكراريس كثيرة في آخر باب ثمرة الحائط يباع أصله، مطابقًا لما نقله عنه المصنف، لكن لم يفرض ذلك في بيع الغائب، بل الفرض فيه يؤدي إلى أن يصير كلامه «الحاوي» الأول منافيًا لكلامه الثاني؛ فيكون الثاني مفروضًا على امتناع بيع الغائب، كما إذا رأى دُورًا ثم أراد بيع واحدة منها، ونقل ابن الرفعة - أيضًا - في آخر الكلام أن في إيراد «الحاوي» ما يشعر بأن هذا لا يختص ببيع الغائب - كالصريح في أن بيع الغائب مراد ولا بد، إلا أنه لا يختص به، وقد علمت أنه ليس كذلك. [أ و].

عليه بفلس - بطل العقد، ولا يقوم الوارث [فيه][(١)] مقام الموروث[(٢)]، ولكل واحد منهما أن يفسخ العقد قبل الرؤية.

واختيار ابن أبي هريرة: أنه تام فلا يبطل بالموت والجنون والحجر.

ومن ثمرة [هذا][(٣)] الخلاف أن الخيار الثابت عند الرؤية يكون عند أبي إسحاق خيار مجلس، وهو أصح عند المحاملي وغيره، وعند أبي علي بن أبي هريرة خيار عيب فيكون على الفور، وهو أصح عند الإمام، وهذا تمام القول القديم وأحد قولي الجديد الذي نص عليه في الصرف، والصلح، والمزارعة، والصداق، والأمالي، وبه قال جمهور أصحابنا، على ما حكاه الماوردي، وصححه البغوي.

والقائلون بالأول خصصوا الآية إن سلم عمومها بما ذكر من الأدلة.

وقالوا: الحديث راويه عمرو بن أمية الكردي وهو يضع الأحاديث كما نقله الحفاظ، وغيره رواه مرسلًا، وعلى تقدير صحته فهو محمول على شراء ما رآه قبل العقد فإنه يثبت[(٤)] له الخيار إذا رآه، وقد تغير.

و[أجابوا][(٥)] عن قضية عثمان وغيرها بأن عمر مخالف فلا إجماع.

ومحل القولين بالاتفاق: ما إذا كانت العين غائبة كما صورناه، أما إذا كانت حاضرة، فباعها على شرط خيار الرؤية كثوب في سفط، أو مطوي يبيعه من غير أن يراه المشتري - فقد حكى المحاملي: أن الحكم كذلك، وإليه أشار البندنيجي.

وقال الماوردي: قد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أنه كبيع العين الغائبة على قولين.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز قولاً واحدًا، وهو قول[(٦)] أكثر أصحابنا، وإليه أشار أبو إسحاق وابن أبي هريرة؛ لأن الحاضر مقدور على رؤيته، فارتفعت الضرورة، بخلاف الغائب.

تنبيه: احترز الشيخ بقوله: «الأعيان» عن السلم.

وبقوله: «لم يرها المشتري»، عن بيع الأعيان التي لم يرها البائع، وقد رآها المشتري.

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: المورث.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: ثبت.
(٥) زيادة للإيضاح.
(٦) في ج: كقول.

ويتصور ذلك بأن يكون قد اشتراها وكيله، أو ورثها، ثم وصفت له، فوصفها للمشتري؛ فإن فيها لأصحابنا - على ما حكاه ابن الصباغ والبندنيجي - طريقين:

أحدهما: الجزم بالبطلان.

والثاني: طرد القولين[1]، و[هي التي][2] صححها ابن الصباغ، وطرد القولين فيها لو لم يرياها جميعًا.

وحكى المحاملي الطريقين هكذا فيما إذا لم يرياها جميعًا.

أما إذا لم يرها البائع خاصة، فأحد الطريقين القطع بالصحة.

والثاني: إجراء القولين، وقال: إنهما مأخوذان من الطريقين فيما إذا لم يرياها جميعًا.

فإن قلنا بإجراء القولين فيها، فلم يجعل لعدم رؤية البائع أثرًا في [إبطال البيع][3]، فيصح عند رؤية المشتري وجهًا واحدًا.

وإن جزمنا بالقطع بالبطلان فقد جعلنا لعدم رؤية البائع أثرًا في المنع فتؤثر[4] عند رؤية المشتري.

والمراوزة قالوا: فيه قولان مرتبان على عدم رؤية المشتري، وأولى بالبطلان.

قال الغزالي: والأصح - أي: وإن ثبت الخلاف-: البطلان في الشراء والبيع جميعًا.

و[احترز الشيخ][5] بقوله: «إذا وصفها» عما إذا لم توصف: أما مع إمكان ذلك، فإنه لا يصح عندهم - كما ذكرناه - أو مع عدمه كما ذكر[6] من الحمل في البطن ونظائره.

وكذا بيع الجزر والشلجم والبصل والفجل في الأرض قبل قلعه عند أكثر أصحابنا. وبعضهم خرج ذلك على بيع الغائب[7].

---

(١) في جـ، د: الطريقين.

(٢) جاء المصنف بالضمير والموصول مؤنثًا؛ على نية تأنيث (الطريق) وإن كان السياق يجري على التذكير.

(٣) في د: المنع.

(٤) في جـ: فيمنع.

(٥) زيادة للإيضاح.

(٦) في د: ذكره.

(٧) قوله: وكذا بيع الجزر والشلجم والبصل والفجل في الأرض قبل قلعه لا يصح عند أكثر أصحابنا؛ لعدم إمكان وصفه، وبعضهم خرج ذلك على بيع الغائب. انتهى.

=

ومحله: إذا لم يظهر منه شيء أما إذا ظهر بعضه [من الأرض](١) صح بيعه، كما إذا رأى ظاهر الصبرة، صرح به القاضي الحسين في تعليقه.

و[احترز](٢) بقوله: «ويثبت للمشتري الخيار إذا رآها» عما قبل الرؤية، فإنه لا يثبت له مجموع خيار الإجازة والفسخ على الأصح، لمفهوم الحديث.

وفيه وجه: أنه يثبت. حكاه الإمام.

والذي حكاه ابن الصباغ وغيره: أنه إن أراد الفسخ نفذ، وإن أراد الإجازة فلا.

وإطلاق الشيخ هذا اللفظ يعرفك أيضًا أنه لا فرق بين أن يجده دون ما وصف له، [أو موافقًا له، وهو المذهب.

وفيه وجه - حكاه المحاملي، والبندنيجي، وابن الصباغ-: أنه لا خيار له إذا وجده كما وصف](٣) على قول اعتبار معظم الصفات أو صفات السلم.

وفي ابن يونس: تخصيصه بما إذا اعتبرنا صفات السلم وهو الأشبه؛ لأنه لم يبق بعد ذلك وصف تختلف به الأغراض فيشابه(٤) المسلم فيه إذا أحضره على الصفة.

أما إذا اكتفينا بمعظم الصفات، [فينبغي أن يثبت له؛ لأنه قد بقي من الصفات ما تتعلق به الأغراض.

وأيضًا: فإن القائل بالاكتفاء بمعظم الصفات](٥) فرق بينه وبين السلم بأن الخيار يثبت فيه عند الرؤية، فيندفع ما يحذر منه، بخلاف السلم، كما حكاه المحاملي، ويقتضي هذا تصحيح ما أشرنا إليه.

ويعرفك أيضًا أنه لا فرق بين أن يشترط ثبوت الخيار عند الرؤية، [أو لا](٦)، وهو المشهور.

[و](٧) في كتاب ابن كج أن أبا الحسين حكى عن بعض أصحابنا أنه لا بد من اشتراط خيار الرؤية.

وفي «الحاوي»: أن بيع الغائب بغير شرط خيار الرؤية باطل، لا يختلف فيه المذهب.

= و«الشلجم» المذكور هنا هو بالشين المعجمة وبالجيم، وهو المسمى بـ«اللفت» - باللام والفاء والتاء المثناة - كذا قاله في «شرح المهذب». [أ و].

(١) سقط في د.
(٢) زيادة للإيضاح.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: فشابه.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في جـ.

وقد يفهم من ذلك: أنه الوجه الذي حكاه أبو الحسين، والذي فهمته منه إرادة ذكر ما هو شرط في هذا العقد على هذا القول.

وسكوت الشيخ عن جانب البائع[١] يعرفك أنه لا خيار له عند الرؤية، وهو الأصح من الوجهين في «الشامل»، والمذهب عند المحاملي، وبه قال ابن أبي هريرة.

وفيه وجه: أنه يثبت له أيضًا، [وهو قول أبي إسحاق؛ لأن عنده أن بالرؤية يثبت له [خيار المجلس][٢]، كما ذكرناه من قبل.

وخيار المجلس يشترك فيه المتبايعان.

وهذا الخلاف فيما إذا كان البائع [قد رأى المبيع][٣]، أما إذا لم يره، وصححنا العقد، فهو كالمشتري، ويكون ظهور زيادة عما وصفه مثل ظهور النقص عند عدم رؤية المشتري، صرح به الماوردي والمحاملي وغيرهما.

وروي عن القفال: أنه لا خيار له أصلاً، وهو الأصح عند الإمام؛ لأن جانبه بعيد عن إثبات الخيار، وكذلك إذا ظن أن المبيع معيب فإذا هو سليم، لا خيار له، وإن استضر به.

وفي هذه الصورة وجه: أنه يثبت أيضًا، وأبطل الغزالي علة القفال بخيار المجلس والشرط فإن البائع يساوي المشتري فيهما، وهذا من جنسهما.

فروع:

أحدها: هل يصح شراء[٤] الأعمى مع القول بصحة بيع الغائب وشرائه ؟ فيه وجهان:

أظهرهما - عند الرافعي والقاضي الحسين-: أنه لا يصح.

وهو الذي يظهر من كلام الشيخ حيث جعل من تمام القول الذي عليه التفريع ثبوت[٥] الخيار عند رؤيته، وقد تعذر فأشبه ما لو شرط نفي خيار الرؤية.

والثاني: أنه يجوز، ويقوم وصف غيره له مقام رؤيته، كما تقوم الإشارة من

---

(١) في جـ: البيع. (٢) في د: الخيار. (٣) في د: قدر البيع.
(٤) في جـ: البيع. (٥) في د: بثبوت.

الأخرس مقام النطق، وهذا أصح عند المحاملي.

وقد ينبني الخلاف على [أن](١) استقصاء الأوصاف على وجه يفيد الإحاطة بجميع المقاصد، هل يقوم مقام الرؤية حتى ينعقد البيع بعده بيع حاضر؟ وفيه خلاف في الجديد في الطريقين، وبعضهم أثبته وجهين، وبعضهم قولين.

وأصحهما: المنع من حيث إن الرؤية تحيط بمقاصد لا تحيطها العبارة وقد بناه الأصحاب على أن البصير إذا صححنا منه شراء ما لم يره هل يصح منه التوكيل في الرؤية [والإجازة والفسخ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الجواز، كما يصح تفويض الأمر إليه في خيار العيب(٢) والخلف، فإن صححنا التوكيل صح البيع على القول الذي عليه التفريع، وإلا بطل.

هكذا حكاه الرافعي.

وفي الحلية للشاشي: أن الشيخ أبا حامد حكى وجهين في صحة التوكيل في خيار الرؤية [وأن أصحهما أنه لا يصح، وعلى مقابله: هل يقوم الوكيل مقام الموكل في الفسخ والإجازة؟ فيه وجهان:

أصحهما: أنه يقوم مقامه في ذلك.

والثاني: لا يقوم وإنما يحكي ما يراه، ثم قال: وهذا التوكيل في الرؤية](٣) لا معنى له.

وفي «النهاية» في كتاب الرهن: أنا إذا شرطنا في صحة قبض ما رهنه منه - وهو في يده - مُضِيَّه إليه، ورؤيته، فوكل وكيلاً حتى يراه ويخبره به، هل يكفي؟ فيه [وجهان](٤):

أصحهما: أن التوكيل في ذلك كاف كأصل القبض، وهذا يعضد هذا الوجه، ولا يقال: إن المقصود ثم أن يعلم بقاؤه أم لا؛ لأن هذا مفرع على القول باشتراط الرؤية مع العلم ببقاء العين.

وعلى القول بعدم صحة شراء الأعمى، لو اشترى شيئًا لم يره - وهو بصير - فعمي قبل الرؤية، بطل العقد، وقيل: لا يبطل، حكاه المتولي.

---

(١) سقط في جـ.

(٢) في د: البيع.

(٣) سقط في د.

(٤) زيادة يقتضيها السياق.

ولا نزاع في أن للأعمى أن يؤجر نفسه ويشتريها، ويقبل الكتابة، [ويكاتب عبده][(١)].

وقال في «التتمة»: على المذهب، يعني في الكتابة [للعبد][(٢)]، وسلمه أيضًا صحيح إذا كان يعرف الصفات قبل العمى، ويوكل من يقبض له.

وفي صحة قبضه بنفسه وجهان:

أصحهما: المنع.

وإن كان لا يعرف الصفات، فوجهان:

أصحهما - عند العراقيين - [وبه أجاب في «الوجيز»-: الصحة.

وعند المزني، وابن سريج، وابن خيران، وابن أبي هريرة: البطلان، واختاره البغوي، والمتولي.

وهذا إذا كان رأس المال في الذمة [وعين في المجلس][(٣)].

أما لو كان عينًا فهو كبيع العين.

الثاني: للبائع أن يمتنع من قبض الثمن، ومن تسليم المبيع قبل الرؤية حكاه الرافعي في كتاب الشفعة، وهو يؤخذ مما تقدم.

الثالث: لو باع ثوبًا قد رأى نصفه دون نصفه الآخر، فالذي ذهب إليه أكثر أصحابنا البصريين وغيرهم أنه لا يصح؛ لاختلاف الحكم، وعدم الضرورة، بخلاف العين الغائبة بجملتها.

ومنهم من قال: إنه يجوز كالعين الغائبة، وهو ما حكاه البندنيجي عن المنصوص، وصححه ابن الصباغ.

فرع: لو وكل إنسان وكيلاً حتى يشهد شيئًا ويشتريه بعد المعاينة، صح الشراء للموكل؛ فإنه[(٤)] استعان بمعاينة الوكيل وأحلها محل معاينة نفسه، وأجرى التوكيل فيها؛ فصح[(٥)] ذلك كما يصح التوكيل بأصل الشراء؛ هكذا لفظ الإمام متصلاً بـ«باب بيع حبل الحبلة»، فافهم منه ما تفهمه.

قال: **وإن رآها قبل العقد** [**وهي مما لا يتغير** - أي: غالبًا في تلك المدة التي بين الرؤية والعقد][(٦)] **وهو ذاكر لأوصافها - جاز بيعها**، أي: على القولين جميعًا؛

---

(١) سقط في جـ. (٢) سقط في جـ. (٣) سقط في د.
(٤) في جـ: فإن. (٥) في جـ: صح. (٦) سقط في د.

لحصول المقصود بالرؤية السابقة.

وقال أبو القاسم بن بشار الأنماطي من أصحابنا: لا يصح حتى يشاهدها حال البيع.

وحكى الشيخ أبو علي عن الإصطخري: أنه تناظر مع بعض من يذب عن[١] الأنماطي، وكان يلزمه المسائل وهو يلتزمها؛ حتى قال له: لو عاين ضيعة وارتضاها ثم ولاها ظهره فاشتراها، فهل يصح؟ فتوقف، وأن الإصطخري قال: لو ارتكبه لكان خارقًا للإجماع.

قال الإمام: وما أرى الأنماطي يسمح بهذا، ويحتمل أن يكتفي بكون المبيع بمرأى منه حالة العقد وإن كان لا يلاحظه، وبالجملة فإن مذهبه فاسد.

أما إذا كان غير ذاكر لأوصافها، أو كانت مما يعلم تغيرُّها في مثل تلك المدة المتخللة بين الرؤية والعقد، فلا أثر لهذه الرؤية.

وإن كان بين الرؤية والعقد ما يحتمل فيه التلف، ويحتمل البقاء، وكذا ما يحتمل التغير ويحتمل البقاء، فوجهان:

المذهب منهما - عند المحاملي، وابن الصباغ، والبندنيجي-: الصحة، وهو الأصح عند الماوردي أيضًا في الثانية، وفي الأولى: الأصح البطلان.

واعلم أن الرؤية المصححة للعقد أن يرى من المبيع مقاصده لا كل جزء وذلك يختلف باختلاف المبيع؛ فالدار يشترط أن يرى منها البيوت، والسقوف، والجدران داخلاً وخارجًا، والمستحم، والبالوعة.

والبستان يرى منه الأشجار، والجدران، ومسايل الماء.

وفي اشتراط رؤية طريق الدار ومجرى الماء الذي تدور به الرحى وجهان:

والعبد يرى وجهه وأطرافه، ولا يجوز النظر لعورته.

وفي اشتراط رؤية باقي بدنه وجهان:

أظهرهما - وهو المذكور في «التهذيب»-: أنه لا بد [منه][٢].

وفي الجارية وجوه:

أحدها: أنها كالعبد.

---

(١) في د: على.

(٢) سقط في د.

والثاني: يشترط رؤية ما يبدو عند المهنة.
والثالث: يكفي رؤية الوجه والكفين، وفي رؤية الشعر وجهان:
أصحهما في «التهذيب» الاشتراط وبه جزم أبو الطيب في باب الخراج بالضمان.
وفي «الحاوي»: الأصح عدم الاشتراط[(١)].
[ولا يشترط رؤية اللسان، والأسنان على الأصح.
والدواب يرى منها مقدمها ومؤخرها وقوائمها، وتحت السرج، والإكاف، والجل.
وعن بعض الأصحاب أنه لا بد أن يجري الفرس بين يديه؛ ليعرف سيره][(٢)].
والثوب المطويّ لا بد من نشره.

قال الإمام: ويحتمل عندي جواز بيع الثياب التي لا تنشر بالكلية إلا عند القطع؛ لما في نشرها من التنقيص، ويلتحق بالجوز واللوز[(٣)]؛ فإنه لا يعتبر كسرها لرؤية القلوب مع أنها معظم المقصود، ثم إذا نشرت فما كان منها صفيقًا كالديباج المنقش، فلا بد من رؤية كلا وجهيه وفي معناه البسط والزَّلالِيّ[(٤)]، وما كان رقيقًا لا يختلف وجهاه كالكرباس يكفي رؤية أحد وجهيه على أصح الوجهين؛ وهو ما جزم به في «الحاوي» في باب الرد بالعيب حيث قال: إن الثوب إذا نشر صح الشراء، إن كان مطويًّا على طاقين؛ ليرى جميع الثوب من جانبيه، وإن كان مطويًّا على أكثر، لم يصح إلا أن يكون على خيار الرؤية.

ولا يجوز بيع الثياب التَّوَّزِيَّة في المسوح على القول باشتراط الرؤية[(٥)].

---

(١) زاد في جـ: ليعرف سيره (٢) سقط في د.
(٣) قوله: والثوب المطوي لا بد من نشره.
قال الإمام: ويحتمل عندي جواز بيع الثياب التي لا تنشر بالكلية إلا عند القطع؛ لما في نشرها من التنقيص، ويلتحق بالجوز واللوز ...إلى آخره.
هذا الكلام يقتضي أنه لم يظفر بخلاف في المسألة، وقد صرح بذلك في «شرح المهذب» فقال: هكذا أطلقه الأصحاب، وقطعوا به. ثم نقل احتمال الإمام، واعلم أن الخلاف ثابت مشهور حتى جزم في «شرح التلخيص» بأنه لا يشترط، ونقله - أيضًا - عنه البغوي في «فتاويه»، وجزم به الجرجاني في كتابه «الشافي»، وحكى وجهين من غير ترجيح فيما إذا لم ينقص بالنشر، وعلل الجواز بأن الغرر يقل بمشاهدة ظاهرها؛ فتحصلنا على ثلاثة أوجه. [أ و].
(٤) جمع مفرده الزلية بكسر الزاي وهو نوع من البسط. المصباح المنير (١/ ٣٤١).
(٥) قوله: ولا يجوز بيع الثياب التوزية في المسوح على القول باشتراط الرؤية.
أما «التوزية» فبتاء مثناة من فوق مفتوحة، ثم واو مفتوحة مشددة، ثم زاي معجمة، وهي جنس من =

والمصحف والكتب، لا بد من تقليب الأوراق، ورؤية جميعها.

والفُقَّاع، ذكر أبو الحسن العبادي: أنه يفتح رأسه وينظر فيه بقدر الإمكان. وفي الإحياء أطلق المسامحة به[(١)].

والمتماثلات؛ كالحنطة، والشعير يكفي فيها رؤية ظاهر الصبرة على الصحيح، ونقل قول عن رواية الصعلوكي - وبعضهم ينسبه إليه نفسه-: أنه لا بد من تقليبها؛ ليعرف باطنها.

وعلى الأول لو خالف باطنها ظاهرها خرج على قولي بيع الغائب عند الشيخ أبي محمد، وكذا لو بان تحت الصبرة دكة.

وأبدى الإمام في الأولى احتمالاً وقال في الثانية لا وجه لما قاله شيخي، والذي حكاه العراقيون في الصورتين ثبوت الخيار.

[والجوز][(٢)] واللوز والتمر في هذا المعنى ملحق بالحنطة، وكذا الدقيق.

وألحق الماوردي الدقيق بالقطن إذا رؤي أعلاه في العِدْل وفيه وجهان:

أحدهما: أنه يكفي.

والثاني: لا بد من رؤية جميعه والأشبه عند الصيمري أنه كالقَوْصَرة من التمر إذا التصقت حباته، والأصح فيه الاكتفاء برؤية أعلاه.

ولو رأى من المثل أنموذجًا، وقال: بعتك من هذا النوع كذا لم يصح، وإن قال: بعتك من الحنطة التي في البيت وهذا أنموذج منها، فإن لم يدخل الأنموذج في البيع فالأصح أنه لا يكفي، وإن أدخل فالأصح الاكتفاء[(٣)].

= الثياب، منسوبة إلى «توّز» بلدة من بلاد فارس مما يلي الهند.
ويقال لها أيضًا: تَوَّج - بالجيم - قاله ابن الصلاح في «مشكل الوسيط».
وأما «المسوح»: فبميم مضمومة وسين وحاء مهملتين، جمع «مسح» بكسر الميم، وهو البلاس من الشعر.
ومراد المصنف بقوله على هذا القول، أي: القول الذي نحن الآن نفرع عليه، وهو اشتراط الرؤية، فاعلم ذلك؛ فإنه بعيد التبادر. [أ و].

(١) قال النووي في زيادة الروضة (٣/ ٤٠) الأصح قول الغزالي.

(٢) سقط في د.

(٣) قوله: ولو رأى من المثلى أنموذجًا، وقال: بعتك من هذا النوع كذا - لم يصح. ولو قال: بعتك من الحنطة التي في البيت، وهذا أنموذج منها: فإن لم يدخل الأنموذج في البيع فالأصح أنه لا يكفي، وإن أدخله فالأصح الاكتفاء. انتهى كلامه. =

والصحيح أن رؤية الأنموذج لا تقوم مقام الوصف في السلم، واستقصاء الوصف هل يقوم مقام الرؤية؟ فيه خلاف تقدم.

وإذا اكتفينا به فظهر عند الرؤية نقصانه عما وصف؛ تبين بطلان العقد.

قال الإمام: ولا يكفي رؤية ظاهر صبرة البطيخ والرمان ونحوهما، وكذا أعلى ما في الظروف من العنب والخوخ ونحوهما، بخلاف المائعات، ولا يكفي رؤية المبيع من وراء حائل لا مصلحة له فيه؛ كالزجاج، بخلاف ما له فيه مصلحة كالماء على الأرض، [فإنها تكفي][(١)] معه،[(٢)] ولا يشترط مع ما ذكرناه من الرؤية الذوق في المذوق، والشم في المشموم، على الأصح، وهو ما ادعى الغزالي فيه الوفاق[(٣)].

وفي «التتمة» والبحر حكاية وجه في اشتراط ذلك، واشتراط اللمس في الملموس من الثياب، ونحوها[(٤)].

= فيه أمران:

أحدهما: أن فرضه هذه المسألة في المثلى لا يستقيم؛ لأن البطيخ والقثَّاء والسفرجل والرمان والباذنجان والرانج والبيض وغيرها من جملة المثليات، ومع ذلك لا يكفي فيها هذا بلا شك؛ لأن رؤية البعض مع الاتصال بالباقي لا يكفي فيها، وذلك إذا كان صُبْرة واحدة؛ فبطريق الأولى عند انفصاله عنه؛ لأن رؤية بعض الصبرة أقوى وأولى بالصحة من الأنموذج؛ فإن فيها خلافًا قويًّا مشهورًا، وبعض الصبرة فيها قول أو وجه ضعيف شاذ. والموقع لابن الرفعة في هذا: أن الرافعي عبر بالمتماثلات، وهي المتساوية الأجزاء، فسبق ذهنه أو قلمه إلى المثليات.

الأمر الثاني: أن شرط الجواز في مسألة الأنموذج، مع ما ذكره المصنف: أن يرده إلى الصبرة قبل البيع، فأما إذا أدخله في البيع من غير ردّ فإنه يكون كمن باع عينين رأى إحداهما وباعهما جميعًا؛ لتميزه عنه؛ هكذا ذكره البغوي في «فتاويه»، وهو متعين لا شك فيه، قال: وكذلك لو جعل الصبرة صبرتين، ثم أراه إحداهما. [أ و].

(١) في د: فإنه يكفي. (٢) زاد في د: ولا تكفي معه. (٣) في ج: كالوفاق.

(٤) قوله: ولا يشترط مع ما ذكرناه من الرؤية - الذوق في المذوق والشم في المشموم على الأصح، وهو ما ادعى الغزالي فيه الوفاق، وفي «التتمة» و«البحر» حكاية وجه في اشتراط ذلك واشتراط اللمس في الملموس من الثياب ونحوها. انتهى كلامه.

وما نقله - رحمه الله - عن «التتمة» و«البحر» من حكاية هذا الوجه في لمس الثياب ونحوها غلط؛ فإنهما لم ينقلاه إلا في الشم والذوق، ولم يتعرضا للمس بالكلية، والرافعي قد سبق المصنف إلى هذا النقل عن «التتمة» خاصة، فلما رأى المصنف كلام «البحر» - أيضًا - ناقلًا لهذا الوجه في بعض ما نقله الرافعي عن «التتمة»، عمَّمَ ذهولًا. ثم إن الذهاب إليه بعيدًا جدًّا؛ فإن الخل والمسك ونحوهما لا يعرف المقصود منهما إلا بالشم والذوق، بخلاف الثياب؛ فإن إدراك المقصود منها يعرف بدون اللمس.

واعلم أن من جملة الحواس: حاسة السمع، ولم يحكوا في ذلك خلافًا، فإذا باع ما يقصد لسماع =

قال: فإن رآها وقد نقصت ثبت له الخيار؛ لحصول العيب[(١)].

وحكى المراوزة وجها، أنا نتبين بطلان العقد؛ لتبين انتفاء[(٢)] المعرفة، والجمهور على الأول.

قال الإمام: وليس المعنى بتغيره بعيب؛ فإن خيار العيب لا يختص بهذه الصورة. ولكن الظاهر عندي أن يقال: كل تغيير لو فرض خلفا في صفة مشروطة تعلق به الخيار، فإذا اتفق بين الرؤية والعقد أثبت الخيار، ويمكن أن يقال: كل تغير تخرج به الرؤية عن كونها مفيدة لمعرفة وإحاطة فهو مثبت للخيار.

قال: وإن اختلفا في النقصان - أي: عن الحالة التي وقعت فيها الرؤية - فالقول قول المشتري، [لأنا نريد انتزاع الثمن من يده، فلا ينزع منه إلا بقوله، وهذا نصه في كتاب الصرف.

وحكى الغزالي عن صاحب «التقريب» - [وهو الأصح][(٣)]-: أن القول قول البائع؛ لأن الأصل عدم التغير واستمرار العقد.

قلت[(٤)]: ولو فصل مفصل فقال: إما أن يكون الاختلاف في نقص من أصل الخلقة، أو في نقص حدث بعد أن كان كاملاً، فإن كان الأول بأن ادعى البائع أنه كذا وجد، ولم يحدث فيه نقص فيظهر أن القول قوله، وإن كان الثاني بأن ادعى البائع أنه كان كاملاً أو أن هذا النقص حدث قبل الرؤية، وأنه رآه ناقصًا كما هو الآن، فالذي يظهر أن القول قول المشتري؛ عملاً بالأصل في الموضعين، كما لو وقع مثل هذا الاختلاف في عيب المغصوب بعد تلفه؛ فإن الحكم كما ذكرناه على الأصح، وسنذكر - إن شاء الله تعالى - الفرق بين هذه المسألة ومسألة العيب الذي يمكن حدوثه في موضعها[(٥)].

= صوته فهل يتخرج على الخلاف، أم يصح من غير سماعه جزمًا؟ فيه نظر، والمتجه: الثاني: والفرق: سهولة الشم والذوق، بخلاف السماع؛ فإنه إلى اختيار الطائر، ويدل عليه - أيضًا - جواز شرائه صغيرًا لفائدة سماعه في المستقبل. [أ و].

(١) في جـ، د: العين.
(٢) في جـ: انتهاء.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: قال.
(٥) قوله: ولو رأى شيئًا، ثم عقد عليه، واختلفا في النقصان عن الحالة التي وقعت فيها الرؤية - فقد قيل: القول قول المشتري. ثم قال ما نصه: وحكى الغزالي عن صاحب «التقريب» - وهو الأصح-: أن القول قول البائع؛ لأن الأصل عدم التغير واستمرار العقد. قلت: ولو فصل مفصل =

ويجري مثل هذا الخلاف المنقول عن الأصحاب في مسألة الكتاب فيما إذا صححنا بيع الغائب، وادعى البائع أن المشتري رأى المبيع قبل العقد فلا خيار له، وأنكر المشتري، فالأظهر(١) عند أبي الحسن العبادي أن القول قول المشتري أيضًا أما إذا لم يصححه؛ ففي فتاوى الغزالي أن القول قول البائع.

قال الرافعي: ولا ينفك هذا عن الخلاف، وقد صرح به ابن أبي الدم الحموي في أدب القضاء.

قال: ولا يجوز البيع بثمن مجهول القدر؛ لنهيه - عليه السلام - عن بيع الغرر(٢).

قال: كبيع السلعة برقمها أي: بما يكتب عليها؛ لأنه يجهل كم قدره، وجنسه، وصفته.

وفي «التتمة» حكاية وجهين آخرين:

أحدهما: أنه يجوز.

والثاني: الفرق بين أن تزول الجهالة في المجلس؛ فيصح، أو لا؛ فلا يصح.

= فقال: إما أن يكون الاختلاف في نقص من أصل الخلقة أو في نقصٍ حدث بعد أن كان كاملًا، فإن كان الأول بأن ادعى البائع أنه كذا، ووجد ولم يحدث فيه نقصٌ - فيظهر أن القول قوله، وإن كان الثاني بأن ادعى البائع أنه كان كاملًا، وأن هذا النقص حدث قبل الرؤية، وأنه رآه ناقصًا كما هو الآن - فالذي يظهر أن القول قول المشتري؛ عملًا بالأصل في الموضعين؛ كما لو وقع مثل هذا الخلاف في عيب المغصوب بعد تلفه فإن الحكم كما ذكرنا على الأصح، وسنذكر - إن شاء الله تعالى - الفرق بين هذه المسألة ومسألة العيب الذي يمكن حدوثه في موضعها. انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما ادعاه هاهنا من أن الأصح تصديق البائع فقد ناقضه في «المطلب»؛ فإنه حكى عن الغزالي أنه صحح ما صححه هو هاهنا من أن القول قول البائع. ثم قال عقبه ما نصه: وهو في ذلك متفرد عن الإمام؛ بل عن جل الأصحاب؛ فإنك قد عرفت أن كلام القاضي والفوراني والإمام ناصٌّ على الجزم بأن القول قول المشتري، وهو ما حكاه الماوردي عن نص الشافعي في كتاب الصرف، ورأيت في الأم ما يوافقه. انتهى كلام «المطلب»، وبذلك يظهر أن ما ذكره في هذا الكتاب غلط من سبق قلم أو إسقاط؛ لأنه لا يمكن حمله على ترجيحه من جهة النقل، ولا البحث أيضًا؛ لأنه قد ذكر أن الظاهر من جهة البحث إنما هو التفصيل.

الأمر الثاني: أن العيب الذي لا يمكن حدوثه قد ذكره الشيخ في أواخر الرد بالعيب، ولم يذكر هناك الفرق الذي وعد هاهنا في آخر المسألة بأن يذكره فيه. [أ و].

(١) في جـ: والأظهر. (٢) تقدم.

وهذا حكاه في المرابحة، وعزاه الرافعي لغيره.

قال: **وكبيع السلعة بألف مثقال ذهب وفضة**؛ لأن قدر كل واحد منهما مجهول، وقد أُورِدَ على ذلك أنه لم لا يحمل على التشطير، إذا قلنا: إن البيع يصح بالكناية، كما لو قال: قارضتك على أن الربح بيننا؛ فإنه ينزل على الشطر في وجه؟

ولو قال: أشركتك معي في العقد؛ فإنه يصح أيضًا، على وجه، وينزل على الشطر وكذا لو استأجر أرضًا ليزرعها ويغرسها؛ صح على وجهٍ وينزل على الشطر كما حكاه في الأشراف.

وفي الإقرار لو قال: هذا الشيء لزيد وعمرو، وفي الوقف لو قال: وقفت هذا على زيد وعمرو، وكذا في الوصية؛ فإنه ينزل على الشطر، فهلا كان هاهنا مثل ذلك.

وقد حكى الرافعي فيما إذا قال: بعتك بألف صحاح ومكسرة - وجهين: أظهرهما: البطلان، ثم قال: ويشبه أن يكون هذا الوجه جاريًا فيما ذكرناه.

فروع[١]:

[أحدها][٢] لو قال: بعتك بما باع به فلان فرسه.

قال المراوزة: إن كان ذلك معلومًا لهما صح، وإن لم يعلماه أو أحدهما لم يصح.

وفي «التتمة» حكاية وجه: أنه يصح.

وحكى الرافعي في الفصل الثالث من الوصايا في المسائل الحسابية، أنهما إذا كانا يعلمان ثمن الفرس خلافًا في صحة البيع، وأن اختيار العراقيين والبغوي عدم الصحة، واختيار الإمام، والروياني وغيرهما الصحة.

ومادة الخلاف عند العراقيين ما إذا قال: أوصيت له بنصيب ابني[٣] هل يحمل على النصيب نفسه؛ فتبطل الوصية، أو على مثله؛ فتصح.

لو قال: بعتك هذا الثوب بدينار إلا درهمًا؛ فإن جهلا أو أحدهما قيمة الدينار في الحال لم يصح، وإن علما قيمته صح، على ما حكاه الجمهور.

---

(١) في جـ: فرع. (٢) زيادة للإيضاح. (٣) في جـ: أنثى.

وفي «الحاوي» حكاية وجه: أنه لا يصح، وأنه الأصح.

ويتجه أن يجيء فيما إذا جهلا ذلك - الوجهان المذكوران من قبل في مسألة الرقم.

[الفرع الثاني](١) لو قال: بعتك بمائة درهم من صرف عشرين بدينار لم يصح، وإن كان [من](٢) صرف البلد عشرين درهما بدينار، حكاه الماوردي والقاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، ثم قال: وكذلك ما يفعلونه الآن، لا يسمون الدراهم، وإنما يبيعون بالدنانير، ويكون [كل](٣) قدر معلوم من الدراهم عندهم دينارًا؛ فإن هذا لا يصح؛ لأن الدراهم [لا يعبر بها عن](٤) الدنانير، لا حقيقة ولا مجازًا، مع أن البيع لا يجوز بالكناية حكاه في باب الربا.

[الفرع الثالث](٥) لو قال: بعتك هذه العين بالدراهم، فهل يحمل على ثلاثة حتى يصح البيع؟ فيه وجهان في «تعليق» القاضي الحسين في كتاب الإقرار.

قال: **فإن باعه قطيعًا كل شاة بدرهم، أو صبرة كل قفيز منها بدرهم جاز، وإن لم يعلم مبلغ الثمن في حال العقد**؛ لأن الجهل ينتفي بالعلم [بالتفصيل، كما ينتفي بالعلم](٦) بالجملة، كما إذا باعه بثمن معين جزافًا.

وهكذا الحكم فيما لو قال: بعتك هذه الأرض أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم.

وحكى الماوردي عن البغداديين من أصحابنا: أن البيع لا يصح في الأرض، إذا كانا لا يعلمان قدر ذرعانها، وأنهم لم يطردوه في الثوب، بل حكموا فيه بالصحة، وطرده أبو إسحاق في جميع الصور على ما حكاه ابن كج، وأبداه في البحر في كتاب الإجارة في مسألة الصبرة احتمالاً عن [ابن](٧) أبي هريرة.

وحكى مجلي وجهًا في عدم صحة البيع بصبرة من الدراهم مجهولة القدر في باب السلم.

ولو قال: بعتك هذه الرزمة، كل ثوب بدرهم على أن فيها عشرة أثواب، وقد شاهد كل ثوب منها، فإن خرجت تسعة؛ صح العقد، ولزمه تسعة دراهم، ولو خرجت أحد عشر، قال الماوردي: بطل العقد في الجميع قولاً واحدًا، بخلاف الأرض والثوب

---

(١) زيادة للإيضاح. (٢) سقط في جـ، د. (٣) سقط في د.
(٤) في جـ: لا يعبرها عنها. (٥) زيادة للإيضاح. (٦) سقط في د.
(٧) سقط في د.

الواحد إذا باعه مذارعة، فإن في صحة البيع قولين؛ لأن الثياب قد تختلف، وليس يمكن أن يكون الثوب الزائد مشاعًا في جميعها، وما زاد في الثوب الواحد والأرض مقارب لباقيه فأمكن أن يكون مشاعًا في جميعه.

ولو قال: بعتك من هذه الصبرة كل صاع بدرهم لم يصح في شيء منها.

وقال ابن سريج: إنه يصح في صاع منها، كما صار إليه فيما إذا قال: آجرتك كل شهر بدرهم، وحكاه الإمام عن صاحب «التقريب».

وفي «النهاية» في كتاب الإجارة: أن الشيخ أبا محمد كان يقول: إذا قال: بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم؛ فالمبيع جميع الصبرة، كما لو قال: بعتك الصبرة كل صاع بدرهم.

ولو قال: بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم كل صاع بدرهم، نظر: إن خرجت عشرة آصع صح، وإلا فقولان:

أصحهما في «التهذيب»: البطلان.

وعلى مقابله إن خرجت تسعة فله الخيار، فإن أجاز فبكل الثمن، أو بقسطه؟ فيه وجهان، وإن خرجت أحد عشر، فلمن يكون الزائد؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أنه للمشتري، فعلى هذا لا خيار له.

وفي البائع وجهان: أصحهما: ثبوت الخيار له.

ولو قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أزيدك صاعًا، فإن لم يكن الصاع معلومًا لهما بطل وإن كان معلومًا نظر: إن أراد هبته فسد[1] العقد، وإن أراد إدخاله في العقد وكانت الصبرة معلومة الصيعان صح، فإن كانت عشرة مثلاً فمعناه: صاعًا وعشرًا بدرهم.

وحكى الإمام عن رواية صاحب «التقريب» وجها - وأنه مال إليه: أنه لا يصح؛ لأن العبارة لا تبنى على ذلك إلا على بُعْدٍ في المَحْمَل؛ فضاهي اللغز.

وإن كانت مجهولة الصيعان لم يصح؛ لأنه لا يدري أشترى صاعًا وعشرًا أو صاعًا وتسعًا أو ما يتردد معه فيكون الثمن مجهول الجملة مجهول التفصيل.

وإن أطلق العقد؛ فهل يحمل على الهبة أو على إرادة إدخاله في البيع؟ فيه

---

(١) في د: فسخ.

وجهان في «الحاوي».

فإن قيل: إذا تردد اللفظ بين احتمالات، فكيف يصح العقد بمجرد إرادة صورة الصحة؟

قال الغزالي: هذا يلتفت على[١] الأصح في انعقاد البيع بالكنايات.

وفي بعض نسخ «الوسيط»: تصوير المسألة بما إذا قال: بعتك هذه الصبرة بعشرة على أن أزيدك صاعًا، والصواب تصويرها كما ذكرناه كما هو موجود في شروح «المختصر».

ولو قال: بعتك هذا السمن وظرفه كل رطل بدرهم.

قال الداركي: يصح العقد واختاره ابن الصباغ، والمذهب أنه لا يصح إلا أن يكون ذلك معلومًا لهما.

فائدة: التعامل بالدراهم المغشوشة، هل يجوز وإن لم يكن قدر النقرة معلومًا؟ فيه وجهان في «الوسيط» في زكاة النقدين.

وفي كتاب الخلع منه تقييد وجه الجواز بما إذا كانت المعاملة على أعيانها، وأن الصحيح أنه يقبل تيسيرًا لمُقِرِّيها إذا غَلَبَتْ في المعاملة، وصحح الإمام في كتاب الخلع وجه [منع][٢] التعامل بها.

والصحيح في «تعليق» القاضي الحسين في باب بيع الطعام قبل أن يستوفى: أن التعامل بالدراهم المطرفية جائز في العين والذمة، وهي مركبة من أشياء لا يعرف قدر كل واحد منها.

وفي «التتمة» حكاية وجه ثالث - نسبه إلى اختيار القاضي الحسين-: أن الغش إن كان مغلوبًا صح، وإن كان غالبًا [فلا][٣].

قال الرافعي: وربما نقل العراقيون الوجهين على الإطلاق، يريد فيما إذا كان قدر النقرة معلومًا أو مجهولاً.

والمذكور في «تعليق» القاضي أبي الطيب في باب الربا: أن الغش إن لم يكن له قيمة بأن يكون مستهلكًا كالزرنيخية والنوراتية[٤]؛ فإنه لا يتحصل منه شيء عند

---

(١) في د: إلى.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: والأنورانية.

إدخالها النار؛ فيجوز شراء السلع بها لا يختلف أصحابنا في ذلك، وإن كانت له قيمة مثل الرصاص والنحاس، فهل يجوز[(١)] شراء السلع بها؟ فيه وجهان:

أصحهما: الصحة.

وعلى هذا لو اشترى بها ذهبًا؛ ففي صحة العقد قولاً تفريق الصفقة في الحكم.

ومعنى الدراهم الزرنيخية والنوراتية[(٢)]: أن تؤخذ النورة والزرنيخ فتجعل مثل الدراهم وتطلى بالفضة، كذا قاله المحاملي.

وقال الماوردي في كتاب الزكاة: لو كان قدرُ الفضة معلومًا قد اشتهر عند الخاص والعام؛ بحيث لا ينقص ولا يختلف؛ فالمعاملة بها جائزة على العين وفي الذمة، وإن كان مجهولاً والغش فيه نظر:

فإن كان الغش في باطنها والفضة ظاهرة غير ممتزجة، [فلا تجوز المعاملة بها في الذمة][(٣)]، ولا في العين، وإن كان غير متميز كما ذكرناه؛ جازت المعاملة بها[(٤)].

وعلى كل [حال][(٥)] فلو أتلفها متلف لم يلزمه مثلها، ولزمه رد قيمتها بالذهب،

(١) في د: يصح.

(٢) في د: الأنورانية.

(٣) زاد في جـ: في جواز المعاملة على أعيانها في الذمة، وفي د: بها جائزة على العين وإن كان ممتزجًا بها لم تجز المعاملة على.

(٤) قال الماوردي في الحاوي (٣/ ٢٦٠): الضرب الثاني: ما كان غشه من غيره لا من جنسه كالفضة المختلطة بغيرها، فهذا على ضربين: أحدهما: أن يكون قدر فضته معلوما، وجنس ما خالطه وغش به معروفا، قد اشتهرت حاله عند الكافة وعلمه الخاصة والعامة لا يختلف ضربه ولا يتناقض فضته، فالمعاملة به جائزة حاضرًا بعينه وغائبًا في الذمة .
والضرب الثاني: أن يكون قدر فضته مجهولًا، فهذا على ضربين: أحدهما: أن يكون ما خالط الفضة مقصودًا له قيمة كالمس والنحاس.
والضرب الثاني: أن يكون مستهلكًا لا قيمة له كالزئبق والزرنيخ، فإن كان مقصودا فعلى ضربين:
أحدهما: أن تكون الفضة والغش غير ممتزجين.
والثاني: أن يكونا ممتزجين، فإن كانت الفضة غير ممازجة للغش من النحاس والمس وإنما الفضة على ظاهرها والمس في باطنها، فالمعاملة بها غير جائزة، لا معينة ولا في الذمة: لأن الفضة وإن شوهدت فالمقصود الآخر غير معلوم ولا مشاهد، كما لا تجوز المعاملة بالفضة المطلية بالذهب: لأن أحد مقصوديها غير معلوم ولا مشاهد، وإن كانت الفضة ممازجة للغش من النحاس والمس لم تجز المعاملة بها في الذمة للجهل بها، كما لا يجوز السلم في المعجونات للجهل بها.

(٥) سقط في د.

وحكم الذهب المغشوش حكم الورق المغشوش.

قال: **فإن كان لرجلين عبدان، لكل واحد منهما عبد، فباعاهما بثمن واحد ولم يعلم كل واحد منهما ما له**، أي: ما يقابل عبده من الثمن؛ **بطل العقد**[1] **في أحد القولين**، وهو الذي نص عليه؛ لأن الصفقة تتعدد بتعدد البائع وقد جهل كل منهما ما يختص به من الثمن؛ فبطل، كما لو قال: بعتك هذا العبد بما يخصه من الألف لو وزع عليه وعلى عبد فلان، وقد ادعى الإمام في باب تفريق الصفقة الإجماع على بطلانه، [وهذا ما صححه ابن الصباغ في كتاب الشركة][2].

قال: **وصح في الآخر: ويقسط الثمن عليهما على قدر قيمتهما**؛ لأن جميع الثمن معلوم، ويمكن التوصل منه إلى معرفة ما يقابل كل واحد منهما بواسطة التقويم، وهذا القول مأخوذ من نصه فيما إذا كاتب عبدين على عوض واحد أنه يصح.

قال الرافعي في كتاب الصداق: ويمكن أخذ القولين من القولين اللذين نص عليهما فيما لو تزوج امرأتين وخالعهما على عوض واحد.

وهذه طريقة ابن سريج، ووراءها طرق:

أحدها: القطع بفساد البيع، وإثبات قولين في الكتابة وبهذا قال أبو إسحاق كما حكاه صاحب البحر في كتاب الشركة، وكذا أبو سعيد الإصطخري وقال: [إن ابن سريج][3] خرق الإجماع، وفرق بأن البيع معاوضة محضة وتأثير فساد العوض والجهل به في البيع أشد من تأثيرهما في العقود الثلاثة؛ لأن البيع يلغو بفساد العوض والجهل به، والنكاح والبينونة لا يتأثران بذلك، والكتابة - وإن فسدت - لا تلغو بل إذا أدى المسمى عتق بموجب التعليق.

قال ابن الصباغ: وما ذكره من خرق الإجماع فليس كذلك؛ لأن أبا حنيفة وغيره يُجوِّز ذلك.

الثاني: إثبات القولين في البيع، والقطع بصحة الكتابة؛ لما فيها من شائبة العتق؛ ولهذا جوزت على خلاف الدليل؛ ولأن المالك للعوض واحد، والصادر منه لفظ واحد؛ فصار كما لو باع عبدين من واحد.

والثالث: القطع بفساد البيع وتصحيح الكتابة جريًا على ظاهر النصين، وتخصيص

---

(١) في التنبيه: البيع.　　(٢) سقط في د.　　(٣) في د: بن سريج كأنه.

القولين بالنكاح والخلع، والفرق بائن.

وأقرب الطرق في البيع على ما حكاه الرافعي ما قال به ابن سريج، والأصح من القولين البطلان.

وفي الجيلي: أن الأصح مقابله، ويجري الخلاف فيما لو استأجر رجل دارين من رجلين غير مشتركين، بينهما صفقة واحدة بأجرة واحدة، وفيما لو باع رجل عبدين من رجلين لكل منهما عبد بثمن واحد، وفي نظائر ذلك.

أما إذا كان العبدان مشتركين بينهما على الإشاعة فباعاهما بثمن واحد - صح العقد وجهًا واحدًا، وعنه احترز الشيخ بقوله: «لكل واحد منهما عبد»، ولا يشارك أحدهما صاحبه فيما قبضه لنفسه من الثمن؛ لأنه ليس بوكيل للآخر.

قال ابن الصباغ في باب الشركة: ويفارق أحد الشريكين في مال الشركة؛ لأن كل واحد منهما وكيل لصاحبه.

وقد يظهر من قول الشيخ: «ولم يعلم كل واحد منهما ما له» الاحتراز عما إذا علم التوزيع قبل العقد أنه يصح لانتفاء المحذور، وعليه يدل كلامه وكلام غيره فيما إذا اشترى الوكيل المأذون له في شراء شاة بدينار؛ فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما دينارًا، حيث قالوا: إن الشاتين للموكل على رأي [أو للوكيل][1] شاة بنصف دينار.

ولم يخرج أحد صحة هذا العقد على الخلاف الذي ذكره الشيخ هاهنا ويجوز أن يكون احترز به عما إذا فصل الثمن فقالا: بعناك هذين العبدين بمائة، ستون لهذا وأربعون لهذا، لكن قد يقال: ليس الثمن في هذه الصورة واحدًا بل ثمنين.

ثم صورة المسألة أن يأذن أحدهما لصاحبه في بيع عبده بما رآه من الثمن أو مع عبده بمائة، أو يوكل وكيلا لذلك، أو يوجبا العقد بأنفسهما، وصورته أن يقول المشتري: اشتريت منكما هذين العبدين بمائة؛ فيقول كل منهما: بعتك.

قلت: وقد يلاحظ فيما عدا هذه الصورة اتحاد الصفقة وتعددها بالنسبة إلى الوكيل - كما سنذكره - فإذا قلنا: إنها متحدة امتنع التصوير بما عدا الأخيرة.

قال: ولا يجوز البيع بثمن مجهول الصفة كالبيع بثمن مطلق ؛ أي: في الذمة، [في موضع][2] **ليس فيه نقد متعارف** أي: بل استوى رواج نقوده؛ لأنه عوض في البيع فلا

---

(١) في د: و. (٢) سقط في د.

يجوز ثبوته في الذمة مع الجهل بصفته، كالمسلم فيه.

أما إذا غلب[١] نقد منها أو لم يكن سوى نقد واحد، حمل العقد عليه، وإن كان دراهم مغشوشة إذا جوزنا التعامل بها إلا أن يعين غيره، وهكذا الحكم في صفته من صحة وتكسير.

ولو غلب من جنس العروض نوع، فهل ينصرف الذكر إليه عند الإطلاق؟ فيه وجهان:

المذكور منهما في «تعليق» القاضي أبي الطيب في باب الربا، والمحكي عن أبي إسحاق، وهو المذهب في «التتمة»: أنه ينصرف إليه[٢].

والفلوس إذا راجت رواج النقود؛ فالصحيح على ما حكاه الغزالي: أنها كالعروض، ومقتضى هذا أن يجيء فيها الوجهان عند الإطلاق.

وقد جزم الرافعي بتنزيل العقد عليها، ثم إذا نزل العقد عليها لا يحتاج إلى ضبطها بالوزن، بل يجوز بالعدد، وإن[٣] كان في الذمة صرح به القاضي حسين في باب بيع الطعام قبل أن يستوفي.

وكما يعتبر النقد الغالب في إطلاق المعاملات، كذلك يعتبر في تقويم المتلفات، فلو تساوت في الرواج؛ عين القاضي واحدا للتقويم.

قلت: وقد حكى في زكاة العروض أن رأس المال إذا كان عرضًا فاستوت نقود البلد في الرواج، والمال يبلغ بكل منها نصابًا - أن التقويم يكون بنقد أقرب البلاد إليها على وجه؛ لأنها لما استوت صارت كالمعدومة، ويتجه جريان هذا الوجه هاهنا.

فروع:

[إذا اشترى من رجل ثوبًا بنصف دينار؛ لزمه شق دينار، ولا يلزمه من دينار

---

(١) في د: علمت.

(٢) قوله: ولو غلب من جنس العروض نوع فهل ينصرف الذكر إليه عند الإطلاق؟ فيه وجهان، المذكور منهما في تعليق القاضي أبي الطيب في باب الربا، والمحكي عن أبي إسحاق، وهو المذهب في «التتمة»-: أنه ينصرف إليه. انتهى كلامه.
واعلم أن كلام المتولي لا يطابق ما نقله عنه المصنف بالنسبة إلى حكاية الخلاف؛ فإن صاحب «التتمة» سوى في حكاية الخلاف بين الغالب وبين الموصوف، والوصف كافٍ، فراجع التتمة وتأملها. [أ و].

(٣) في د: فإن.

صحيح][1] وكذا إذا اشترى منه ثوبًا آخر بنصف دينار لزمه نصف دينار آخر مكسور ولا يلزمه دينار صحيح، وإن شرط في البيع الثاني: أن يعطيه دينارًا صحيحًا غير الأول والثاني نظر: إن كان البيع الأول [قد لزم لم يصح الثاني وإن كان الأول][2] لم يلزم بطل العقدان، قاله أبو الطيب في التعليق.

ولو ابتاع ثوبًا بنصف دينار ثم ابتاع آخر بنصف دينار على أن له عليه دينارا كان البيع الأول والثاني جائزين؛ لأن المقترن بالثاني لا ينافيه؛ قاله الماوردي.

ولو باعه بألف درهم من نقد سوق كذا فإن كان مختلفًا لم يصح، وإن كان غير مختلف فوجهان:

أظهرهما: الصحة؛ قاله الماوردي أيضًا في باب الربا.

ولو باعه بدينار صحيح فجاءه بصحيحين، وزنهما دينار فعليه القبول، فإن جاء بصحيح وزنه دينار ونصف، قال في «التتمة»: عليه قبوله، والزيادة أمانة في يده.

قال الرافعي: والحق أنه لا يلزم القبول؛ لما في الشركة من الضرر، وقد ذكر صاحب البيان نحوًا من هذا.

ولو باع بنصف دينار صحيح وشرط أن يكون مدورًا؛ جاز، إن كان يعم وجوده[3].

ولو باع بنقد قد انقطع من أيدي الناس؛ فهو باطل، وإن كان لا يوجد في البلد ويوجد في غيرها، فإن كان الثمن حالاً أو مؤجلاً إلى مدة لا يمكن نقله فيها؛ فهو باطل أيضًا.

وإن كان مؤجلاً إلى مدة يمكن نقله؛ صح، ثم إن حل الأجل وقد أحضره فذاك، وإلا [فينبني على أن الاستبدال على الثمن، هل يجوز؟

إن قلنا: [لا؛ فهو كما لو انقطع المسلم فيه.

وإن قلنا: نعم][4]، فيستبدل وإلا انفسخ العقد.

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في جـ.

(٣) قوله: ولو باع بنصف دينار صحيح، وشرط أن يكون مدورًا جاز إن كان يعم وجوده. انتهى.
وتقييده الصحة بما إذا عم وجوده مقتضاه: أنه إذا كان عزيز الوجود لا يصح، وليس كذلك؛ فقد ذكر بعد هذا بقليل أنه إذا باع بنقد يعزّ وجوده فإنه ينبني على جواز الاستبدال عن الثمن: فإن جوزناه صح، ثم إن وجد فذاك، وإلا فيستبدل، وإن لم نجوز الاستبدال لم يصح. وهذا الذي قاله يأتي في مسألتنا بعينه، لكن الذي أوقع المصنف في هذا هو تقليده للرافعي. [أ و].

(٤) سقط في د.

وفيه وجه: أنه ينفسخ.

وإن كان يوجد في البلد إلا أنه عزيز.

فإن قلنا: يجوز الاستبدال صح، فإن وجد فذاك وإلا تبادلا.

وإن قلنا: لا، لم يصح.

ولو كان القدر الذي جرى به التعامل موجودًا ثم انقطع، إن جوزنا الاستبدال تبادلا، وإلا فهو كانقطاع المسلم فيه.

قال: **فإن باعه بثمن معين** - أي: لم يكن في الذمة - **لم يره، فعلى قولين** أي: قولي بيع الأعيان الغائبة وقد تقدم الكلام عليهما.

فرع: إذا أبطل السلطان ذلك النقد الذي وقع العقد عليه إما بالتعيين أو لكونه غالب نقد البلد وقد أطلقا العقد، لم يكن للبائع إلا ذاك النقد.

وفيه وجه: أنه مخير إن شاء أجاز العقد بذلك النقد وإن شاء فسخه، كما لو تعيب المبيع قبل القبض.

قال: **ولا يجوز البيع بثمن إلى أجل مجهول**؛ لأن الأجل يقابل بقسط من الثمن؛ لأنه يزيد بزيادة الأجل وينقص بنقصانه، وإذا[١] كان مجهولاً جهل ما يقابله، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم أكسبه الجهالة؛ فبطل كذلك.

قال: **كالبيع إلى العطاء** أي: عطاء السلطان حقوق المرتزقة؛ لأنه مختلف[٢] ويتقدم تارة، ويتأخر تارة أخرى

ولو قال: إلى وقت العطاء وكان معلومًا؛ جاز؛ لانتفاء العلة.

قال: **وبيع الحبلة[٣] في قول الشافعي**، أي: في تأويل الشافعي؛ لقول ابن عمر: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع حبل الحبلة»[٤]، كما رواه مالك عن نافع عنه.

---

(١) في د: وإن (٢) في د: يختلف. (٣) زاد في التنبيه: وهو.

(٤) أخرجه مالك (٢/ ٦٥٣ - ٦٥٤) كتاب البيوع، باب: ما لا يجوز من بيع الحيوان، حديث (٦٢)، والبخاري (٤/ ٣٥٦) كتاب البيوع، باب: بيع الغرر وحبل الحبلة، حديث (٢١٤٣)، ومسلم (٣/ ١١٥٣ - ١١٥٤) كتاب البيوع، باب: تحريم بيع حبل الحبلة، حديث (٥، ٦/ ١٥١٤)، والترمذي (٣/ ٥٣١) كتاب البيوع، باب: ما جاء في بيع حبل الحبلة، حديث (١٢٢٩)، وأحمد (٢/ ٦٣، ١٠٨) وأبو داود (٢/ ٢٧٥) كتاب البيوع، باب: في بيع الغرر، حديث (٣٣٨٠)، والنسائي (٧/ ٣٩٤) كتاب البيوع، باب: تفسير ذلك، وأبو يعلى (١٠/ ١٩١) رقم (٥٨٢١)، وأبو نعيم في الحلية (٦/ ٣٥٢)، والبيهقي (٥/ ٣٤٠) كتاب البيوع، باب: النهي عن بيع حبل الحبلة، =

قال: **وهو أن يبيع بثمن إلى أن تحمل**[(١)] **هذه الناقة وتلد ويحمل**[(٢)] **ولدها**، قيل: صوابه: إلى أن **تلد** [ويلد][(٣)] ولدها مع أن الكل فاسد، لكن هكذا روي، وما قاله الشيخ، هو ما رواه مسلم عن ابن عمر فلا مؤاخذة واختار الشافعي هذا التأويل؛ لأنه تأويل ابن عمر، وهو راوي الحديث، وكان أفهم بمقصوده عليه الصلاة والسلام.

تنبيه: «حبل الحبلة» الباء مفتوحة فيهما، وحكي إسكانها في الأولى وغلط راويه، والحبلة هنا جمع حابل؛ كظالم وظلمة.

قال الأخفش: امرأة حابل ونساء حبلة، وقيل: إنها فيها للمبالغة.

والحبل مختص بالآدميات، ويقال لغيرهن: حمل.

قال أبو عبيد: لا يقال لشيء من الحيوان: حبل إلا ما جاء في هذا الحديث.

قال: **ولا يجوز تعليق البيع على شرط كبيع المنابذة، وهو أن يقول: إذا نبذت**[(٤)] **إليك الثوب** أي: ألقيته إليك، كما قيل في قوله تعالى: ﴿فَأَنۢبِذۡ إِلَيۡهِمۡ﴾ [الأنفال: ٥٨]، وقوله ﴿فَنَبَذُوهُ﴾ [آل عمران: ١٨٧].

قال: **فقد وجب البيع، وكبيع الملامسة، وهو أن يقول: إذا لمسته فقد وجب البيع**. الأصل في ذلك ما روى الشافعي بسنده عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن [بيع][(٥)] الملامسة والمنابذة[(٦)].

وعن أبي سعيد الخدري «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين ولبستين...»[(٧)].

أما البيعتان: فالملامسة والمنابذة، وأمّا اللبستان: فاشتمال الصماء، والاحتباء في ثوب واحد ليس على فرجه منه شيء.

والمعنى في ذلك ما فيه من الغرر.

= والبغوي في شرح السنة (٤/ ٣٠١) من طريق نافع عن ابن عمر؛ أن النبي ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة. وقال الترمذي: حديث ابن عمر حديث حسن صحيح. وزاد البخاري: «وكان بيعًا يتبايعه أهل الجاهلية، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج التى في بطنها». وهذا من كلام نافع.

(١) في التنبيه: تحبل. (٢) في التنبيه: تحبل. (٣) سقط في ج.

(٤) في د: أنبذت. (٥) سقط في ج، د.

(٦) أخرجه الشافعي (٢/ ١٤٤- ترتيب المسند)، عن مالك عن محمد بن يحيى بن حبان وعن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة به قلت: إسناده صحيح ورجاله كلهم ثقات.

(٧) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٢) كتاب البيوع، باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة (٣/ ١٥١٢).

وصورة المنابذة على ما حكاه الشافعي في «المختصر» أن يقول: أنبذ ثوبي [إليك][(١)] وتنبذ ثوبك إليَّ، على أن كل واحد بالآخر.

أو يقول: أنبذ إليك ثوبي بعشرة؛ فيكون النبذ بيعًا، فعلى هذا يكون معنى قول الشيخ: فقد وجب البيع أي انعقد.

ووجه بطلانه اختلال الصيغة.

قال الأئمة: ويجيء فيه الخلاف المذكور في المعاطاة، فإن المنابذة مع قرينة البيع هي المعاطاة بعينها.

وقيل: صورتها[(٢)]: أن يأتي أحدهما بثوب مطوي أو في ظلمة، ويقول: بعتك هذا بكذا، بشرط أني إذا نبذته إليك قام ذلك مقام نظرك، ولا خيار لك إذا رأيته، والعلة في بطلانه: إذا منع بيع الغائب [فبطلانه ظاهر][(٣)]، وإن جوز فاشتراط[(٤)] قيام النبذ مقام النظر.

قال الإمام: ويتطرق إلى هذا احتمال من جهة، أن من اشترى شيئًا على شرط نفي [خيار][(٥)] الرؤية ففي صحة الشرط خلاف، ولا يمتنع أن يكون هذا على ذلك الاختلاف، وبهذا الاحتمال أجاب أبو سعيد المتولي.

ومثل هذين القولين مذكور في الملامسة لكن المنقول فيها على ما حكاه الرافعي عن «المختصر» الثاني، وفيها تكلم الإمام والمتولي بما ذكرناه.

ويحتاج كلام الشيخ - إن حمل على التأويل الثاني - إلى إضمار في الابتداء، وتقديره: ولا يجوز تعليق لزوم البيع على شرط، لكن يعكر عليه المثال الثالث، فإنه يصير غير ملائم لهما، فتعين أن الشيخ اختار التأويل الأول.

قال: **وكبيع حبل الحبلة في قول أبي عبيدة**[(٦)] أي: القاسم بن سلام - في تأويله حديث ابن عمر، **وهو أن يقول: إذا ولدت هذه الناقة وولد**[(٧)] **ولدها؛ فقد بعتك الولد**، ووجه فساده أنه بيع ما ليس بمملوك ولا معلوم ولا مقدور على تسليمه.

تنبيه: اقتصر الشيخ من الأمثلة في تعليق البيع على الشرط بما ذكره، لأن فيه دلالة على ما عداه؛ من جهة أنه إذا امتنع انعقاد البيع [بصيغة التعليق مع وجود ما يدل على

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: صورتهما.
(٣) في ج، د: ظاهره.
(٤) في ج: فاشترط.
(٥) سقط في د.
(٦) في التنبيه: عُبيدة.
(٧) في التنبيه: وولدت.

الرضا وهو النبذ منها أو اللمس، فمع عدم ما يدل على الرضا عند انعقاد العقد][١]؛ كالتعليق على قدوم زيد أو طلوع الشمس - أولى.

قال: فإن[٢] **جمع في البيع بين حر وعبد أو بين عبده وعبد غيره** أي: ولم يفصل الثمن عليهما؛ **ففيه قولان:**

هذه المسألة هي قاعدة تفريق الصفقة، وعليها تتفرع مسائل كثيرة في الأبواب، وقد ذكرنا في أول كتاب البيع لم يسم العقد صفقة؟

[**فأحد القولين أن العقد باطل**[٣]][٤] **العقد** فيهما، وله تعليلان نقلهما ابن كج عن الشافعي فيما إذا باع عبده وعبد غيره[٥] عزاهما إلى الأصحاب.

أحدهما: أن الثمن المسمى يتوزع عليهما باعتبار القيمة، ولا يدري حصة كلٍّ منهما عند العقد، فيكون الثمن مجهولاً ويصير[٦] كما لو قال: بعتك عبدي هذا بما يخصه من الألف لو وزع[٧] عليه وعلى عبد فلان.

والثاني: أن اللفظة واحدة لا يتأتى تبعيضها، فإما أن يغلب حكم الحرام الحلال أو بالعكس، والأول أولى؛ لما روي عن ابن عباس: أنه قال: «ما اجتمع الحرام والحلال إلا غلب الحرام الحلال».

ولأن تصحيح العقد في الحرام ممتنع، وإبطاله في الحلال غير ممتنع، فكان كما لو باع درهمًا بدرهمين.

وعلى العلتين لا يجيء هذا القول فيما إذا ميز ثمن الحلال منهما.

قال الماوردي: لأن تمييز الثمن يجعلهما كالعقدين.

وفي «التتمة»: أنا إذا عللنا بالجمع بين الحلال والحرام فسد أيضًا.

وفي «التهذيب»: أن المشتري إن قبل مفصلاً مثل أن قال: قبلت هذا بكذا، وهذا بكذا كما فصل البائع - صح، وإن قال: قبلتهما والتفريع على هذا القول؛ فقد قبل، لا يجوز الجمع في القبول، والمذهب جوازه؛ لأن القبول مرتب على الإيجاب، والإيجاب يقع متفرقًا فيقع القبول كذلك.

قال: **والثاني: يصح في الذي يملك**؛ لأنه لو كان الجمع بينهما يوجب حمل

---

(١) سقط في د.
(٢) في التنبيه: وإن.
(٣) في التنبيه: أحدهما يبطل العقد.
(٤) في جـ: يبطل.
(٥) زاد في جـ: وغيره.
(٦) في جـ: ولا يصير.
(٧) في جـ: أو وزع.

أحدهما على الآخر؛ لم يكن حمل الصحة على البطلان بأولى من العكس؛ فوجب أن يسقط اعتبار أحدهما بالآخر لتكافؤ الأمرين، ويحمل كل منهما على مقتضاه في الحالين، ولأن كل واحد منهما لو أفرد العقد عليه لخالف حكمه حكم صاحبه؛ فوجب إذا جمع بينهما أن يختلفا أيضًا، كالمشتري صفقة عبد، أو شقصًا فيه الشفعة، وهذا القول هو[١] الصحيح عند القاضي أبي الطيب، قال: وبه أفتي، وصححه غيره أيضًا، واختاره الغزالي في موضعين من «الوسيط» في الإقالة وفي باب المصراة.

وأجاب القاضي عن جهالة الثمن، بإنا على قول نخيره بين أن يختار بكل الثمن، أو يفسخ؛ فلا جهالة إذن.

أو على القول الآخر نقول: العقد وقع على ثمن معلوم في الابتداء وإنما سقط بعضه لمعنى في العقد فصار كما إذا رجع بأرش العيب فإن الثمن ما بقي وليس بمعلوم في العقد، ومع هذا فالبيع صحيح بما بقي.

قلت: ويؤيد ذلك ما سنذكره في المرابحة عند حط الزيادة.

وعن الثاني: بأن[٢] الذي بطل العقد فيه غير متميز عما صح العقد فيه بأن كُلاًّ منهما لو أفرد لصح العقد به، فليس أحدهما بالبطلان بأولى من الآخر؛ فأبطل العقد فيهما، وهاهنا الحرام ممتاز عن الحلال، فاختص الفساد به.

وحكى الإمام طريقة في المسألة الأولى جازمة بعدم الصحة، وهي التي صححها الشيخ أبو محمد في السلسلة.

ويجري الخلاف فيما إذا باع خمرًا وخَلًّا وخنزيرًا وشاة وميتة ومزكاة، وكذا إذا باع معلومًا ومجهولاً إن قلنا يجيز بكل الثمن، وإن قلنا يجيز بقسطه من الثمن؛ فلا يجوز[٣] وجهًا واحدًا.

وحكى الرافعي على هذا وجهًا: أنه يصح ويثبت له الخيار، فإن أجاز لزمه جميع الثمن[٤].

---

(١) في جـ: على. (٢) في د: أن الدرهم. (٣) في جـ، د: فلا يصح

(٤) قوله: ويجري خلاف تفريق الصفقة فيما إذا باع معلومًا ومجهولًا إن قلنا: يجيز بكل الثمن، وإن قلنا: يجيز بقسطه من الثمن، فلا يصح وجهًا واحدًا، وحكى الرافعي على هذا وجهًا: أنه يصح، ويثبت له الخيار، فإن أجاز لزمه جميع الثمن. انتهى كلامه.

وما ذكره من الإبطال في المجهول ليس على إطلاقه؛ بل صورته إذا كان مجهولًا مطلقًا، فإن كان =

وحكى الإمام الخلاف في مسألة الخمر والخنزير والميتة مرتبًا على الخلاف في مسألة الحر وأولى بالبطلان؛ لأن فيه تقدير عين لم يرد العقد عليها.

ويظهر لاختلاف علتي الفساد فوائد بعضها مذكور في الباب، وبعضها غير مذكور.

فمنه: إذا باع ملكه وملك غيره، وكان مما يتقسط الثمن عليهما بالأجزاء؛ كالعبد الواحد، والصبرة من الطعام، فعلى الأولى: يصح العقد في المملوك، وعلى الثانية. لا.

وهذا الطريق هو الصحيح، ويؤيده نص الشافعي في جريان القولين فيما إذا باع الثمار قبل إخراج الزكاة، والثمار مما يتقسط الثمن عليها بالأجزاء. ومن الأصحاب من قطع بالقول الأول.

ومنه إذا زوج أمته وأمة غيره أو مسلمة ومجوسية، فعلى الأولى يصح فيما يحل، وهو الذي رجحه الإمام، وسنذكره في كتاب النكاح مع ما يتفرع عليه من المسائل فليطلبْ ثَمَّ، وعلى الثانية يبطل.

ومحل القولين في الأصل عند الشيخ أبي محمد ما إذا كانا جاهلين بحقيقة الحال. أما إذا علما فإنه يبطل وجهًا واحدًا، والجمهور على خلافه.

قال: وللمشتري الخيار، أي: إذا كان جاهلاً بالحال لتبعيض الصفقة عليه، قال: إن شاء فسخ العقد، وإن شاء أمضاه فيما يصح بقسطه من الثمن في أحد القولين؛ لأنهما جعلا الثمن في مقابلة الحلال والحرام؛ فلم يجز أن يجعل في مقابلة الحلال وحده؛ لأنه غير ما تضمنه بذل البائع وقبول المشتري، وهذا هو الصحيح، وعليه يقوَّم الحر عبدًا، وهل يثبت للبائع الخيار إذا أجيز العقد؟ فيه وجهان أصحهما: عند المحاملي والإمام وغيرهما: أنه لا يثبت لكن مع علمه بالحال.

قال: وبجميع الثمن في القول الآخر؛ لأن العقد إنما يتوجه نحو ما يجوز بيعه، فكان الآخر كالمعدوم، ولأن المبيع قد ذهب بعضه، فأثبت للمشتري [الخيار][(١)] بين أخذه بجملة الثمن أو فسخ العقد كما في العيب، فعلى هذا لا خيار للبائع.

وقيل في مسألة الحر: الخلاف مرتب على الخلاف في مسألة العبدين، وأولى بأن

= مجهولًا عند العاقد كالغائب كان مخرجًا على القولين. كذا صرح به البغوي في «فتاويه»؛ ولأجل هذا صور النووي في «شرح المهذب» المجهول بقوله: وعبدًا آخر، وهكذا صوره الشيخ أبو حامد والجرجاني وغيرهما. [أ و].

(١) سقط في جـ.

يجيز بكل الثمن، حكاه القاضي الحسين.

أما إذا كان عالمًا بالحال، قال الرافعي: فلا خيار له وفيما يلزمه من الثمن القولان.

ومنهم من قطع بأنه يلزمه جميع الثمن؛ لأنه التزمه عالمًا بأن بعض المذكور لا يقبل العقد.

قلت: والجزم بأنه لا خيار له فيه نظر؛ فإن الإمام حكى فيما إذا اشترى عشرين درهما بدينار، وأقبض الدينار، وقبض [من][1] الدراهم تسعة عشر، وتفرقا - انفسخ العقد في الدرهم وما يقابله، وفي الباقي: قولاً تفريق الصفقة.

فإن قلنا: لا ينفسخ، فهل يثبت للمشتري الخيار؟ فيه ثلاثة أوجه:

وجه الثبوت ظاهر، ووجه عدمه: أنه الذي ينتفي[2] في هذا التبعيض؛ إذ المسألة مفروضة إذا تفرقا على خيار. والثالث: إن علما أن العقد ينفسخ في الباقي[3] وتفرقا عن[4] قصد فلا خيار، وإلا ثبت، ويتجه أن يجيء مثل ذلك هاهنا.

ولو كان المبيع خمرًا وخلاً، أو خنزيرًا وشاة، أو ميتة ومذكاة، وصححنا العقد، فكم يلزم المشتري من الثمن عند لزوم العقد؟ فيه طريقان:

أحدهما: القطع بتمام الثمن، وهو ما حكاه الماوردي، ويحكى عن صاحب التلخيص.

وأصحهما: طرد القولين، فتقوم عند من يرى لها قيمة، وهو الأصح عند الغزالي وقيل: تقدر الخمر خلًّا، وهو المحكي أيضًا فيما إذا أسلم الزوجان وقد جرى القبض في بعض المهر الفاسد مع الوجه الآتي.

وقيل: تقدر عصيرًا، وهو المحكي في الصداق في «الوسيط» وغيره.

والخنزير يقدر شاة، وقيل: بقرة، وهو ما حكاه في «التهذيب» هاهنا، والذي أورده الإمام في نكاح المشركات، والميتة تقدر مذكاة وتقوَّم.

فرع: لو كان يملك من عبد نصفه، فقال لرجل: بعتك نصف هذا العبد، فهل ينزل على نصفه الذي يملكه أو ينزل على النصف منه شائعًا؟ فيه وجهان محكيان في «الوسيط» في العتق في السراية.

---

(١) سقط في د.

(٢) في جـ: حكي.

(٣) في جـ: الثاني.

(٤) في د: على.

فإن حملناه على الإشاعة من جميعه بطل العقد في ربعه، وفي الربع الباقي قولاً تفريق الصفقة.

وأجرى الغزالي الخلاف في الأصل فيما لو أقر بنصفه، ثم قال: وقال أبو حنيفة: ينزل البيع على نصفه الخاص، والإقرار يشيع؛ لأن الإنسان قد يخبر عما في يد الغير ولا يبيع مال الغير، وهذا يتجه فليجعل وجهًا في مذهبنا.

وهذا الذي ذكره يخرج من كلام الإمام في كتاب الشركة؛ فإنه حكى الخلاف في مسألة البيع ثم قال: ولو أقر بأن لفلان في هذا العبد نصفه، فإن لم ننزل مطلق البيع على نصفه، فالإقرار أولى، وإن نزلناه في البيع على نصفه، ففي الإقرار يخرج على وجهين.

أصحهما: أنه يشيع؛ خلاف البيع وفرق بما أشار إليه الغزالي.

قال: **فإن جمع بينهما فيما لا عوض فيه كالرهن والهبة**، أي: مثل أن يرهن عبده وعبد غيره، أو يهب عبده وعبد غيره، **فقد قيل: يصح فيما يحل قولاً واحدًا**؛ نظرًا إلى العلة الأولى.

قال الإمام: وهذا فيه فضل نظر؛ فإن الدَّين وإن لم يكن عوضًا عن الرهن، فرهن الدين بالشيء المجهول لا يصح على الأصح - كما سيأتي - وما قاله يحتاج إلى تأمل[١].

[قال:][٢] **وقيل على قولين**؛ نظرًا إلى العلة الثانية.

قال: **وإن جمع بين حلالين، [ثم تلف][٣] أحدهما قبل القبض** - أي: والآخر في يد البائع - **لم يبطل في الآخر**؛ لانتفاء العلتين حالة العقد.

وقيل: على قولين، وهو قول أبي إسحاق المروزي؛ لأن الفساد الطارئ قبل

---

(١) قوله: وإن جمع بينهما فيما لا عوض فيها كالرهن والهبة، فقد قيل: يصح فيما يحل قولًا واحدًا، نظرًا إلى العلة الأولى، أي: جهالة الثمن، قال الإمام: وهذا فيه نظر؛ فإن الدين وإن لم يكن عوضًا عن الرهن فرهن الشيء بالدين المجهول لا يصح على الأصح كما سيأتي. وما قاله يحتاج إلى تأمل. انتهى كلامه.
ووجه ما قاله المصنف: أن المرهون - وإن تعدد - مرهون بكل جزء من الدين؛ فلا جهالة بالكلية.
وهذا الذي قاله صحيح، وقد ذكره في «المطلب». [أ و].

(٢) سقط في د.

(٣) في د: فتلف.

القبض حكمه حكم الفساد المقارن للعقد، كما في العيب والهلاك.

والمذهب في «الحاوي» في باب الربا، وفي «التهذيب»، والذي عليه أكثر الأصحاب - الأول؛ قياسًا على النكاح، فإنه لو جمع بين أجنبية ومَحْرَمٍ في العقد، كان في صحة نكاح الأجنبية القولان، ولو تزوج أجنبيتين ثم انفسخ نكاح إحداهما بردة أو غيرها لم ينفسخ نكاح الأخرى فعلى هذا يثبت له الخيار.

فإن أجاز فكم يلزمه من الثمن؟ قال الشيخ أبو حامد: يأخذه بالحصة قولاً واحدًا.

وحكى أبو الطيب في تعليقه فيه القولين السابقين، وأنا إن قلنا: يجيز بكل الثمن فلا خيار للبائع، وإلا فوجهان.

قال الإمام: ولا اتجاه للقول بأنه يجيز بكل الثمن، ولولا اشتهاره في النقل لما ذكرناه، ثم [قال:][1] قال الأئمة: القولان هاهنا مرتبان على القولين في المسألة السابقة، فإن قلنا ثم: يجيز بالقسط، فهاهنا أولى، وإلا فقولان.

أما إذا كان الآخر في يد المشتري وهو قائم، فقد حكى الإمام القولين مرتبين على الصورة الأولى، وأولى بعدم الانفساخ؛ لتأكد العقد في العبد المقبوض بانتقال الضمان فيه إلى المشتري.

ولو تلف في يد المشتري قبل الآخر في يد البائع، فقولان مرتبان على القولين في الصورة قبلها، وأولى بعدم الانفساخ، وهذه الصورة تناظر ما سيأتي، فيما إذا تلفت العين المستأجرة في أثناء المدة، هل ينفسخ في المدة التي استوفى المنفعة فيها؟

فإن قلنا: بتفريق الصفقة، فهل يثبت له الخيار في فسخ العقد في العبد الذي تلف في يده، وكذلك في نظيره من مدة الإجارة؟ فيه قولان في «تعليق» القاضي الحسين.

وأصحهما: أنه لا يثبت، بخلاف ما لو كان العبد المقبوض باقيًا، إما في يده أو في يد البائع؛ لأن ملك العبد بالتلف قد استقر قراره، وكذلك المنفعة المستوفاة، كذا قال.

فرع: إذا باع في مرض موته عبدا يساوي ثلاثين بعشرة، ولا مال له غيره، فرد البيع في بعض المبيع، فما حكم الباقي؟ فيه طريقان:

أحدهما: القطع بصحة البيع؛ لأنه نفذ في الكل ظاهرًا، والرد في البعض تدارك حادث، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب».

---

(١) سقط في د.

ووجهه: بأن المحاباة في المرض وصية، والوصية تقبل من الغرر مالا يقبله غيرها.

وأظهرهما عند الأكثرين: أنه على قولي تفريق الصفقة.

فإن قلنا بصحة العقد في الباقي، ففي كيفيته قولان أو وجهان:

أحدهما: أن البيع يصح في القدر الذي يحتمله الثلث، والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن، ويبطل في الباقي[١] فيصح في مثالنا البيع في ثلثي العبد بالعشرة ويبقى مع الوارث ثلث العبد وقيمته عشرة، والثمن وهو عشرة وذلك مثلاً المحاباة وهي عشرة: وإلى ترجيح هذا مال ابن الحداد والأكثرون.

وقيل: إنه المنصوص عليه.

والثاني: أنه إذا ارتد البيع في بعض المبيع، وجب أن يرتد إلى المشتري ما يقابله من الثمن. فعلى هذا تدور المسألة؛ لأن ما ينفذ فيه البيع يخرج من التركة، وما يقابله من الثمن يدخل فيها، ومعلوم أن ما ينفذ فيه البيع يزيد بزيادة التركة، وينقص بنقصها، فيزيد المبيع بحسب زيادة [التركة، وتزيد التركة بحسب زيادة المقابل الداخل، [ويزيد المقابل الداخل][٢] بحسب زيادة][٣] المبيع وهذا دور، ويتوصل إلى معرفة المقصود منه بطرق نذكر أسهلها وهو أن ينظر إلى ثلث المال وينسبه إلى قدر المحاباة، ويجيز البيع في المبيع بمثل نسبة الثلث من المحاباة.

فنقول في هذه المسألة: ثلث المال عشرة، والمحاباة عشرون، والعشرة نصف العشرين، فيصح البيع في نصف العبد وقيمته خمسة عشر بنصف الثمن وهو خمسة، كأنه اشترى سدسه بخمسة، وثلثه وصية له ويبقى مع الورثة نصف العبد وقيمته خمسة عشر، والثمن خمسة فالمبلغ عشرون وذلك مثلا المحاباةِ، وقد ذهب إلى ترجيح هذا القول أكثر الحُسَّابِ، وابن القاص، وابن اللبان، وتابعهم إمام الحرمين، وادعى أنه اختيار ابن سريج.

قال الرافعي: لكن في هذه الدعوى نظر؛ فإن الأستاذ أبا منصور وغيره نسبوا الأول إلى اختيار ابن سريج.

ولو باع المريض قفيز حنطة بقفيز حنطة، وكان [قفيز المريض][٤] يساوي عشرين،

---

(١) في ج، د: الثاني.

(٢) سقط في ج.

(٣) سقط في د.

(٤) في د: القفيز.

وقفيز الصحيح يساوي عشرة ومات المريض ولا مال له غيره، ورد الورثة المحاباة، وقلنا بجواز تفريق الصفقة، فإن قلنا بالقول الأول فالبيع باطل فيهما[١] بلا خلاف؛ لأن مقتضاه صحة البيع في قدر الثلث، وهو ستة وثلثان، وفي قدر الذي يقابله من قفيز الصحيح وهو نصفه؛ فيكون خمسة أسداس قفيز في مقابلة قفيز، وذلك ربا.

وإن قلنا بالثاني صح البيع في ثلثي قفيز المريض بثلثي قفيز الصحيح وبطل في الباقي، وبهذا قطع قاطعون كي لا يبطل غرض الميت من الوصية؛ وهو الأصح في «التهذيب».

وعلى كل حال، فللمشتري الخيار في فسخ البيع، ولا خيار للورثة في إبطال البيع، وما حكي عن صاحب التلخيص من حكاية قول آخر: [أن][٢] للورثة الخيار في فسخ البيع، وقول: أنه لا خيار للمشتري، فقد نوقش فيه. والله أعلم.

قال: **فإن جمع بين عقدين مختلفي الحكم كالبيع والإجارة**، أي: مثل أن قال: بعتك هذا العبد وأجرتك هذه الدار سنة بكذا، واختلاف الحكم فيها: أن التأقيت في الإجارة شرط وهو مبطل في البيع، ويجوز التصرف فيها مع تعرضها للانفساخ بعد قبض العين، والبيع[٣] بخلافها.

قال[٤]: **والبيع والصرف**، أي: بأن يقول: بعتك هذا العبد وهذا الدينار بهذه الدراهم.

فالصرف: بيع الدينار بما يقابله من الدراهم، والبيع: بيع العبد بما يقابله من الدراهم، واختلاف حكمهما: أن الصرف يبطل بالتفرق قبل التقابض، بخلاف البيع، ولو باع بذهب في هذه الصورة كانت من صور مد عجوة.

قال: **والبيع والنكاح** [أي: مثل أن يقول: زوجتك ابنتي وبعتك عبدها هذا [بمائة][٥] وله تزويجها وبيع عبدها، أو: زوجتك جاريتي - إن كان ممن يحل له نكاح الأمة - وبعتك عبدي هذا بكذا.

وفي الجيلي: تصويرها بما إذا قال: تزوجت ابنتك واشتريت منك عبدك بألف درهم.

---

(١) في جـ: فيها.　(٢) سقط في د.　(٣) في د: وإلا بيع.
(٤) في جـ: قلت.　(٥) سقط في د.

وكذلك صورها البندنيجي أيضًا، وفيه نظر لأن هذا من باب ما إذا باع عبده وعبد غيره بثمن واحد، واختلاف الحكم فيما ذكرناه أن النكاح لا يفسد بفساد مقابله، بخلاف البيع.

قال: **والبيع والكتابة**، أي: مثل أن يقول: كاتبتك وبعتك هذه الدار بألف، تؤديها في نجمين، واختلاف الحكم فيهما: أن المكاتب بسبيل من فسخ الكتابة متى شاء بخلاف البيع.

قال: **ففيه قولان**:

أحدهما: **يبطل العقد فيهما**؛ لأن حصة كل واحد من العقدين من الثمن مجهولة حالة العقد، لا تعرف[1] إلا بالتقسيط بعده؛ ولأن اختلاف الأحكام يغلب على الظن وقوع الانفساخ في أحدهما، وذلك يجر جهلاً إلى العوض فأبطل العقد.

قال: **والثاني**: **يصح ويقسط الثمن عليهما على قدر قيمتهما**، [أي][2]: إن قُدِّر التلف، وفي النكاح على مهر المثل؛ لأنها ما اشتملت على ما يمتنع[3] إفراده بالعقد، والصفقة متحدة في نفسها فلا حاجة إلى تقدير توزيع في الابتداء حتى يفضى إلى جهالة، فأشبه ما إذا اشترى شقصًا مشفوعًا وسيفًا؛ فإن ما فيهما من اختلاف الحكم لا يمنع صحة العقد، وهذا هو الأصح.

وفرق الإمام بينهما بأن مقصود العقد في الشقص والسيف لا يختلف فيما يتعلق بالفسخ والتنفيذ، وصورة القولين تتلقى من اختلاف يتعلق بالفسخ والإجازة بسبب أنه قدر إذا سبق الفسخ إلى شيء اعتاض ما يبقى في مقابلة الباقي.

ورجع هذا الإشكال إلى وضع العقد، والشفيع إذا أخذ الشقص فهو مقرر للعقد، وإن كان [ينشأ بينه][4] وبين المشتري توزيع فهذا لا ينعطف إلى العقد فسخًا في البعض.

نعم، لو اشترى شقصًا مشفوعًا وسيفًا، ثم المشتري باعهما فهو يلتحق بصورة القولين.

وحكي عن القاضي الحسين في التعليق، والصورة هذه إبداء وجهين في ثبوت

---

(١) في د: لا يعرف.

(٢) سقط في ج.

(٣) في د: يمنع.

(٤) في د: بينهما.

الخيار للمشتري إذا لم يعلم الشفيع بالبيع الأول وكان المشتري جاهلاً بالحال.

وأظهرهما: أنه لا يثبت.

والثاني: أنه يثبت له لتبعيض الصفقة عليه ولانتزاع الشقص منه.

ويجري القولان فيما لو جمع بين بيع وسلم، وفيما لو باع صاع حنطة ودرهمًا بصاع شعير ودنانير، ووجه الاختلاف فيهما: أن الطعام يقع مقابلاً بما في الجانب الآخر من شعير وذهب، وبيع الطعام بالنقد لا يشترط فيه التقابض وبالشعير يشترط.

واعلم أن قول الفساد فيما إذا جمع بين البيع والنكاح مقصور على البيع والصداق، أما النكاح فصحيح، قال الرافعي: بلا خلاف وكذلك غيره بناء على أن النكاح لا يفسد بفساد الصداق.

وحكى الغزالي الخلاف في فساد النكاح في كتاب الصداق، ونسبه الإمام إلى بعض المصنفين ثم قال: والوجه القطع بصحة النكاح.

وإنما أخذ هذا من تردد الأصحاب: فيما إذا جمع نكاح مستحلة ومحرمة[(١)] في عقد، فإنه نقل قول في فساد المستحلة مشهور على ضعفه، وقول الصحة في الكتابة والبيع لا يرجع إلى البيع فإنه باطل قولاً واحدًا على ما حكاه الرافعي وغيره، لصدور أحد شقيه قبل تمام عقد الكتابة، وإنما يرجع إلى الكتابة، لكن قد اقترن بها عقد فاسد فتخرج صحتها أيضًا على هذا القول على تفريق الصفقة فإن جوزت صحت وإلا فلا.

وحكى البندنيجي في صحة البيع مع الكتابة طريقين صرح بهما الغزالي في كتاب الرهن والجمهور في كتاب الكتابة][(٢)].

أحدهما: ما ذكرناه.

والثاني: طرد القولين في الجميع[(٣)].

---

(١) في د: ويحرم.　　(٢) سقط في د.

(٣) قوله: وإن جمع بين عقدين مختلفي الحكم كالبيع والكتابة ففيه قولان. ثم قال: وقول الصحة في الكتابة والبيع لا يرجع إلى البيع؛ فإنه باطل قولًا واحدًا على ما حكاه الرافعي وغيره؛ لصدور أحد شقيه قبل تمام عقد الكتابة، وحكى الجمهور في كتاب الكتابة في صحة البيع طريقين: أحدهما: ما ذكرناه، والثاني: طرد القولين في الجميع. انتهى.
وما حكاه عن الرافعي من الاتفاق على بطلان البيع ليس كذلك؛ فإن الرافعي قد ذكر المسألة هنا وفي باب الكتابة: فأما هاهنا فإنه لم يتعرض لإثبات الخلاف ولا لنفيه؛ بل جزم ببطلان البيع، وأما في باب الكتابة فإنه حكى الخلاف فقال في أوائل الباب في الركن الثاني: ففيه طريقان: أحدهما – وبه قال =

وفي المجموع للمحاملي أن القول بصحة البيع محكيٌّ عن الشافعي.

وفي «تعليق» القاضي الحسين تشبيه الطريقين بالطريقين المذكورين فيما إذا قال: اشتريت منك هذا الزرع على أن عليك حصاده بدرهم، فإن منهم من جزم ببطلان الإجارة لما ذكرناه من العلة.

ومنهم من طرد القولين في صحتها، وهو الذي اختاره ابن الصباغ، وحكى الرافعي في مسألة الزرع طريقة قاطعة بفساد العقدين وصححها.

وهذه الطريقة قال القاضي الحسين: لا تجيء فيما إذا قال: اشتريت منك هذا الزرع، واستأجرتك على حصاده بدرهم بل في ذلك الطريقان الأولان؛ لأن في الإتيان بلفظ الشرط تغيير لمقتضى العقد، وهو وجوب الحصاد على المشتري.

فرع: لو اشترى حطبًا على ظهر بهيمة مطلقًا، فيصح العقد، ويسلم إليه في موضعه، أو لا يصح حتى يشترط تسليمه إليه في موضع؛ لأن العادة تقتضي حمله إلى داره؟

حكى المتولي في ذلك وجهين.

أما إذا شرط حمله إلى بيته، فإن كان مجهولاً بطل، وإن كان معلومًا خرج على ما ذكرناه في مسألة الزرع، صرح به القاضي الحسين.

ولو اشترى رطبة بشرط القطع على أن يرسل فيها دابته بطل العقد، قاله العبادي في فتاويه.

فائدة: الصفقة تتعدد بتفصيل الثمن قطعًا، كما [إذا][(١)] قال: بعتك هذا بكذا، وأجرتك هذا بكذا، وقبل المشتري كذلك، وليست هذه الصورة مما يجري فيها القولان، وكذلك لو جمع المشتري في القبول، فقال: قبلت فيهما على المذهب؛ لأن[(٢)] القبول يترتب على الإيجاب.

وقيل: إذا لم يجز تفريق الصفقة لم يجز الجمع في القبول.

وتتعدد أيضًا بتعدد البائع وإن اتحد المشتري، كما إذا باع اثنان عبدًا من واحد

= صاحب «الإفصاح»-: أنهما على القولين فيما إذا جمع في صفقة واحدة بين عقدين مختلفي الحكم، وأظهرهما: أن البيع باطل، وفي صحة الكتابة القولان. هذا كلامه. [أ و].

(١) سقط في د.

(٢) في د: أن.

صفقة واحدة، ومقتضى هذا أنهما إذا أوجبا العقد له على عبد بألف بأن قالا: بعناك هذا العبد بألف، كما صور القاضي الحسين، فَقَبِلَ نصيب أحدهما وهو النصف بخمسمائة - أنه يصح، وهو ما حكاه الإمام في «باب الخراج بالضمان»، وادعى أنه لا خلاف فيه، وقد حكى القاضي الحسين في التعليق فيه وجهين.

وهل تتعدد بتعدد المشتري، مثل أن يشتري اثنان عبدًا من واحد؟ فيه قولان:

أصحهما: نعم، كما في طرف البائع، وهذا ما حكاه القاضي أبو الطيب والبندنيجي في باب الخراج بالضمان.

والثاني: لا، فعلى الأول: لو باع اثنان من اثنين عبدًا؛ فقبل أحدهما نصيب أحد البائعين بنسبته من الثمن ففي صحته وجهان، صرح بهما القاضي الحسين وغيره.

وقال الإمام في «باب الخراج بالضمان»: وأظهرهما في النقل أن ذلك ممتنع، وأظهرهما في القياس التصحيح[1].

وهل تتعدد بتعدد الوكيل؟ فيه أربعة أوجه:

أحدها: النظر إلى العاقد، وبهذا أجاب ابن الحداد، وهو الأصح عند الشيخ أبي علي والأكثرين.

والثاني - وبه قال أبو زيد والخضري-: أن الاعتبار بالمعقود عليه[2]، وهذا أصح عند الغزالي.

والثالث - ويحكى عن أبي إسحاق-: أن الاعتبار في طرف البيع[3] بالمعقود له، وفي طرف الشراء بالعاقد، والفرق: أن العقد يتم في جانب الشراء بالمباشر دون المعقود له؛ ألا ترى أن المعقود له لو أنكر كون المباشر مأذونًا له وقع العقد عن المباشر، وفي جانب البيع لا يتم بالمباشر حتى لو أنكر المعقود له الإذن بطل.

قال الإمام: وهذا الفرق فيما إذا كان التوكيل بالشراء في الذمة، أما إذا وكله بشراء عبد بثوب له معين فهو كالوكيل بالبيع.

والرابع - ذكره المتولي-: أن الاعتبار في جانب الشراء بالوكيل، وبالبيع بهما جميعًا فأيهما تعدد؛ تعدد العقد.

وثمرة هذا الخلاف تظهر في الأبواب - إن شاء الله تعالى-.

---

(١) في د: الصحيح.   (٢) في جـ، د: له.   (٣) في جـ، د: المبيع.

قال: **وإن جمع بيعتين في بيعة واحدة بأن قال في أحد التأويلين** - أي: اللذين ذكرهما الشافعي فيما رواه بسنده عن أبي هريرة -رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة[(١)] - **بأن قال: بعتك هذا العبد بعشرة على أن تبيعني دارك بمائة.**

بطل البيع للخبر؛ ولأنه سلف في عقد فلا يصح الشرط، وإذا سقط الشرط وجب أن يضاف إلى السلعة من الثمن ما سقط بإزاء الشرط وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً.

فعلى هذا لو وقع البيع الثاني بالثمن الذي عيناه نظر: إن علما فساد الأول صح الثاني، وإن جهلا صحته، فقد حكى الإمام هاهنا والقاضي الحسين في التعليق أن البيع صحيح.

قال القاضي: إلا أن يعلق انعقاد أحدهما بانعقاد الآخر، وجعل الإيجاب في أحدهما إيجابًا في الآخر، كما يفعل في نكاح الشغار فيقول: بعتك هذا العبد على أن تبيعني دارك؛ فإن وجب لك عبدي وجب لي دارك، فيمتنع العقدان.

وهذه الزيادة حكاها أبو داود عن الشافعي من تتمة هذا التأويل، والذي حكاه الإمام هاهنا قد عزاه إلى شيخه في باب ما يفسد الرهن، وإن كان المشتري يعتقد أن الوفاء به واجب، ثم قال: وقياس ما قاله القاضي أن البيع على اعتقاد الوجوب فاسد مردود، وهذا ما جزم [به][(٢)] المتولي والبغوي.

وقد تعرض الغزالي لهذا الخلاف في الرهن.

وقول الفساد يدانيه ما حكاه الإمام متصلاً بباب نفقة الأقارب فيما إذا وهب المشتري الدلال شيئًا على اعتقاد أنه يستحقه عليه، فإن له الرجوع كما حكاه الصيدلاني عن القفال إذ الأجرة على الذي أمره[(٣)].

---

(١) أخرجه الشافعي كما في معرفة السنن والآثار للبيهقي (٤/ ٣٨١) من طريق عبد العزيز الدراوردي عن محمد بن عمرو بن علقمة عن أبي سلمة عن أبي هريرة به، وإسناده حسن، وأحمد (٢/ ٤٣٢، ٤٧٥، ٥٠٣)، والترمذي (٣/ ٥٣٣) كتاب البيوع، باب: النهي عن بيعتين في بيعة، الحديث (١٢٣١)، والنسائي (٧/ ٢٩٥ - ٢٩٦) كتاب البيوع، باب: بيعتين في بيعة، وابن الجارود ص (٢٠٥)، باب: المبايعات المنهى عنها من الغرر وغيره، الحديث (٦٠٠)، والبيهقي (٥/ ٣٤٣) كتاب البيوع، باب: النهي عن بيعتين في بيعة، وأبو يعلى (١٠/ ٥٠٧) رقم (٦١٢٤)، وابن حبان (١١٠٩ - موارد)، من حديث أبي هريرة، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٢) سقط في د.

(٣) في د: أقره.

قال: أو قال في التأويل الآخر: **بعتك عشرة نقدًا أو بعشرين نسيئة، بطل البيع** للخبر، ولأن الثمن مجهول؛ لأنه لا يدري أنه عشرة نقدًا أو عشرون نسيئة، ولأنه لم يجزم الإيجاب بل تردد، والتردد في الإيجاب مانع من صحته، وهذه المسألة قريبة الشبه بما إذا قال: بعتك عبدًا من هذه الثلاثة أعبد ولك خيار التعيين، وقد ادعى الإمام فساد البيع فيها بالإجماع.

وفي «الحاوي» أن الإمام مالكًا قال بصحة البيع، وقد حكينا عن أبي حنيفة مثله في مسألة بيع الصبرة، وأنه قول قديم للشافعي.

قال: **وإن فرق بين الجارية وولدها** - [أي: المملوكة[1] له بالبيع][2]، **قبل سبع سنين، بطل البيع**، والأصل فيه ما روى أبو داود عن علي -كرم الله وجهه- أنه فرق بين جارية وولدها، فنهاه النبي ﷺ عن ذلك، وردَّ البيع[3].

وروى الترمذي عن [أبي أيوب قال: سمعت][4] رسول الله ﷺ يقول: «من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»[5]، وقال: إنه حديث حسن غريب.

وبالتسليم يحصل التفريق المحرم؛ فيكون ممنوعًا شرعًا، والممنوع شرعًا كالممنوع حِسًّا، وقوله - عليه السلام-: «لا تولَّه والدة بولدها»[6]، وذلك يحصل

---

(١) في ج: المملوك. (٢) سقط في د.

(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ٦٣) كتاب الجهاد، باب: في التفريق بين السبي (٢٦٩٦) من طريق ميمون ابن أبي شبيب عن علي به، وقال أبو داود ميمون لم يدرك عليًّا. وقال الحافظ في تلخيص الحبير (٣/ ٣٧) صحح الحاكم إسناده ورجحه البيهقي لشواهده.

(٤) سقط في د.

(٥) أخرجه الترمذي (٣/ ٥٨٠)، كتاب البيوع، باب: ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع (١٢٨٣)، وقال حديث حسن غريب، وأحمد في المسند (٥/ ٤١٣)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٥٥)، وقال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٣)، أخرجه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه وفيما قاله نظر لأن حييّ ابن عبد الله لم يخرج له في الصحيح شيء بل تكلم فيه بعضهم. قال ابن القطان في كتابه قال البخاري: فيه نظر وقال أحمد أحاديثه مناكير وقال ابن معين: ليس به وقال النسائي ليس بالقوي قال: ولأجل الاختلاف فيه لم يصححه الترمذي.

(٦) أخرجه البيهقي (٨/ ٥)، كتاب النفقات، باب: الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد، من طريق زيد بن إسحاق بن جارية أن عمر بن الخطاب حين خاصم إلى أبي بكر في ابنه فقضى به =

بالبيع؛ فكان منهيًا عنه.

قال الجوهري : الوله: ذهاب العقل والتحير؛ من شدة الوجد.

وهذا هو الجديد، [وبه قال البغداديون والإصطخري][(١)]، ولا فرق فيه بين أن ترضى الأم بالتفرقة أم لا، كما صرح به الماوردي في السير.

وفي الرافعي فيه أيضًا حكاية وجه عن ابن القطان، والقاضي الطبري: أنه يرتفع التحريم بالرضا [به فيصح][(٢)].

وروى الإمام والقاضي الحسين في كتاب الرهن عن القديم قولا أن البيع يصح، وأن النهي محمول على التنزيه، ونسب الماوردي هذا في كتاب السير إلى البصريين، وقال: إنهما لا يقران على التفرقة فإن تراضى المتبايعان على ضم أحدهما إلى الآخر تم البيع الأول، وإن تمانعا فسخ البيع الأول.

وعن كتاب ابن كج أنه يقال للبائع: إما أن تتطوع بتسليم الآخر، أو يفسخ البيع، فإن تطوع بالتسليم، وامتنع المشتري من القبول فسخ.

ومحل القولين على ما حكاه أبو الفرج البزاز فيما إذا كان التفريق بعد سقي الولد اللبأ، فأما قبله فلا يصح جزمًا؛ لأنه تَسَبُّب إلى هلاك الولد.

وزاد الماوردي على سقي اللبأ أن يجد مرضعة ترضعه تمام الرضاع على ما حكاه في كتاب الرهن في أثناء فصل منه.

والوالد في معنى الوالدة [على المذهب في «التتمة»، و «الشامل»، وغيرهما في كتاب «السير»؛ خلافًا لابن سريج.

= أبو بكر - رضي الله عنه - لأمه ثم قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا توله والدة عن ولدها. وضعفه الحافظ في التلخيص (٣/ ١٥)، وسبقه ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٢/ ٦٢)، وابن عدي في الكامل (٦/ ٤١٨)، من طريق مبشر بن عبيد عن قتادة عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: لا توله والدة عن ولدها. ومبشر بن عبيد، قال أحمد: ليس بشيء يضع الحديث، وقال البخاري: منكر الحديث. وقال ابن عدي: ومبشر بين الأمر في الضعف وعامة ما يرويه غير محفوظ. وقال الدارقطني: متروك، وضعفه ابن عدي وابن معين.

ينظر: الكامل (٦/ ٤١٧)، والتهذيب (١٠/ ٣٠).

قال الحافظ في التلخيص (٣/ ١٥)، وقد ذكر ابن الصلاح في مشكل الوسيط أنه يروى عن أبي سعيد وهو غير معروف وفي ثبوته نظر كذا قال، وقال في موضع آخر. إنه ثابت قلت - أي الحافظ - عزاه صاحب مسند الفردوس للطبراني من حديث أبي سعيد وعزاه الحيلي في شرح التنبيه لرزين.

(١) سقط في د. (٢) سقط في د.

وقال الغزالي هاهنا: الظاهر أن الوالد في معنى الوالدة][١]، ولا يتعدى إلى غيرهما من الأقارب، وفي الجدة[٢] احتمال.

وقال في كتاب السير: الجدة عند عدم الأم في معناها، أي: إذا كان لها حق في الحضانة، كما قاله الماوردي، ولو بيع مع الجدة عند وجود الأم، فهل يسقط التحريم؟ فيه قولان، ولا خلاف أنه يباع مع الأم دون الجدة.

والأب هل يلحق[٣] بالأم في تحريم التفريق؟ فيه قولان، فإن ألحقناه بها فهل يتعدى إلى سائر المحارم؟ فيه قولان.

وقد يستدل لقول المنع في الأب بما روى أبو داود عن أبي موسى أنه - عليه السلام - قال: «ملعون من فرق بين الوالد وولده، وبين الأخ وأخيه»[٤].

وفي «الحاوي»، فيما إذا كان مجتمعًا مع أجداده وجداته من قبل أبيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يجوز التفريق.

والثاني: لا يجوز، وسواء في هذا[٥] الأنثى والذكر.

إذا قيل بتحريم التفرقة بينه وبين [الأب.

والثالث: يجوز التفرقة بينه وبين][٦] الجد، ولا يجوز بينه وبين الجدة.

قال: وفيما بعد ذلك إلى البلوغ قولان:

أحدهما: لا يجوز؛ لما روى الدارقطني عن عبادة بن الصامت قال: نهى رسول الله ﷺ أن يفرق بين الأم وولدها، فقيل: يا رسول الله، إلى متى؟ قال: «حتى يبلغ الغلام، وتحيض الجارية»[٧].

وهذا ما جزم به القاضي الحسين في الرهن.

---

(١) سقط في د. (٢) في جـ: الحرة. (٣) في د: يلتحق.

(٤) أخرجه الدارقطني (٣/ ٦٧)، والحاكم (٢/ ٥٥)، والبيهقي (٩/ ١٢٨)، وضعفه ابن القطان كما في نصب الراية (٤/ ٢٥) ولم أجده عن أبي داود كما ذكر المصنف.

(٥) في د: ذلك.

(٦) سقط في د.

(٧) أخرجه الدارقطني (٣/ ٦٨)، والحاكم (٢/ ٥٥)، وقال الحافظ في تلخيص الحبير (٣/ ٣٧)، وفي سنده عندهما عبد الله ابن عمرو الواقعي وهو ضعيف، رماه علي بن المديني بالكذب وتفرد به عن سعيد بن عبد العزيز قاله الدارقطني.

وأظهرهما - وهو الذي نقله المزني، وجزم به الماوردي في كتاب الصداق وابن الصباغ في الرهن، وجعله الإمام في السير المذهب- الجواز؛ لأنه - حينئذ - يستغني عن التعهد والحضانة، فأشبه البالغ، فإنه يجوز أن يفرق بينه وبينها لكن مع كراهة.

والحديث في إسناده[١] عبد الله بن عمرو بن حسان، قال عبد الحق: وهو ضعيف الحديث.

وحكم الهبة والوصية[٢] وكل جهة مملكة حكم البيع فيما ذكرناه، صرح به الإمام في كتاب السير.

وفي الرافعي الجزم بالوصية بالجواز، موجهًا ذلك بأن الموت لعله يكون بعد انقضاء زمان التحريم.

وفي فتاوى الغزالي [إلحاق][٣] التفرقة بالسفر بالتفرقة بالبيع، وأنه لا يجوز التفرقة بين الزوجة وولدها، بخلاف الحرة المطلقة.

وفي «التتمة»: أن الوصية بالحمل دون الأم أو بالأم دون الحمل هل تصح أم لا؟ فعلى هذين القولين، [أي][٤] المذكورين في الأصل، وإنما قلنا ذلك؛ لأنه لو أراد أن يفرق بين الأم والولد الطفل بالوصية، لا يجوز في أحد القولين كما لا يجوز في البيع.

قلت: وكان يتجه أن يقال: إن قلنا: إن الملك يحصل بالموت فيجوز؛ لأنه قهري كما في الرد بالعيب، وإن قلنا: لا يحصل به، فلا يصح، وذلك مستمد مما سنذكره عن المتولي في الوصية للكافر بالعبد المسلم، ولا يحرم التفريق بالعتق، وفي الرد بالعيب اختلاف للأصحاب.

والمذهب الجواز، وفي «تعليق» البندنيجي وأبي الطيب في كتاب السير الجزم بمقابله.

وقال: إن ذلك يجعل بمنزلة العيب الحادث عند المشتري.

وحُكي عن الشيخ أنه لو اشترى جارية وولدها الصغير ثم تفاسخا البيع في أحدهما جاز، ولو كانت الأم رقيقة والولد حرًّا وبالعكس؛ فلا منع من بيع الرقيق، ذكره المتولي.

---

(١) زاد في جـ: عن.
(٢) زاد في د: بالجواز.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.

وفرق الماوردي بين ما إذا كان الولد رقيقًا أو حُرًّا بفرقين:

أحدهما: أنه إذا كان رقيقًا أمكن بيعه معها، ولا كذلك إذا كان حرًّا.

والثاني: أنه إذا كان مملوكًا فحضانته للأم فإذا فرق بينهما سقطت الحضانة، وليس كذلك إذا كان حرًّا، فليس فيه إبطال لحقها[(١)]، حكى ذلك في كتاب الرهن.

وحكم الولد المجنون حكم الولد الذي له دون سبع سنين، صرح به القاضي الحسين في كتاب السير، وأن امتناع التفريق ينتهي بإفاقته.

فرعان:

أحدهما: لو باع بعض الولد مع جملة الأم في عقد واحد، لم يصح، أشار إليه ابن الصباغ في كتاب الصداق، وعلله صاحب «الإكمال على ما في التنبيه من الإجمال» بأن ذلك يؤدي إلى التفرقة بينها وبين الولد في بعض الزمان.

الثاني: التفرقة[(٢)] بين البهيمة وولدها بعد استغنائه عن اللبن جائز، وعن الصيمري حكاية وجه فيه.

قال: **وإن باع شاة إلا يدها، أو جارية إلا حملها، أو جارية حاملاً بحُرٍّ، بطل البيع**؛ لما روى مسلم أن النبي ﷺ نهى عن الثنيا[(٣)]، وقد تقدم ذكر هذا الحديث مع تفسير الثنيا.

ومحل الكلام في بيع الشاة دون يدها إذا كانت حية، أما إذا كانت مذكاة فإن كان المقطع معلومًا كالأكارع جاز، صرح به القاضي الحسين في التعليق عند الكلام في بيع الثمار.

ولا فرق في الحمل بين أن يكون لمالك الأم، ويستثنيه باللفظ [أو لا][(٤)]، كما إذا أوصى له به، ويكون استثناءً بالشرع إذا علم المشتري الحال.

وحكى الغزالي فيما إذا استثنى الحمل عن البيع - وجهين:

أحدهما: الصحة؛ كما لو كان الولد حرًّا فإن بيع الأم صحيح على الظاهر.

قال في «التتمة»: وهذه الطريقة على قولنا: إن الحمل لا يعلم [أظهر][(٥)]؛ لأنها معلومة مقدور على تسليمها، والحمل تابع لها، فلا يجوز [أن][(٦)] يتغير الحكم

---

(١) في د: حقها.
(٢) في د: التفريق.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) في د: أم لا.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.

فيها بسبب البائع.

وحكى القاضي الحسين في التعليق أن مالك الجارية الحامل إذا باعها من مالك الحمل؛ صح على وجه.

فرع: لو وكل [مالك الحمل][1] مالك الأم في بيعه، أو وكَّل مالك الأم مالك الحمل في بيعها، فباعهما دفعة واحدة، لم يصح، قاله المتولي.

فائدة: اختلف نقل الإمام والغزالي - رضي الله عنهما - في صحة بيع الأمة الحامل بالحر في مواضع أذكرها لك بالنص.

قال الإمام قبيل باب النهي عن بيع وسلف: إن الأصح صحة العقد، وأبعد بعض أصحابنا، فذكر وجهًا في منع بيعها إلى أن تلد، وكذلك إذا كان الحمل بالوصية لزيد وكانت الجارية لعمرو، فإذا باع مالك الجارية الجارية؛ فهو كما لو فرض البيع وهي حامل بولد حر، وهذه مادة ما حكيناه عن الغزالي من قبل، وفيما حكاه في كتاب الرهن فإنه قال: إذا وطئ الراهن الجارية المرهونة، وقلنا: لا ينفذ الاستيلاد، فإن بيعت وفي بطنها الولد الحر صح.

وفيه وجه: أنه يبطل، وإن كان ما نقله الإمام في هذا الموضع يخالف ذلك؛ فإنه قال: إذا حل الحق وهي حامل فالذي نقله الأئمة قطع القول بأنه يمتنع بيعها لإمكان اشتمال رحمها على الولد الحر، وقد قدمت في هذا خلافًا في كتاب البيع ونزلته منزلة ما إذا باع جارية حاملاً بولد مملوك، واستثنى حملها، ولكن المذهب المنع، كما ذكره الأصحاب، وإن كان تجويز البيع منقاسًا.

وقد نحا الغزالي: هذا النحو في كتاب النكاح حيث قال فيما إذا وطئ الأب جارية الابن وأحبلها أما إذا قلنا: لا يحصل الاستيلاد؛ فلا يجوز بيع الجارية وهي حامل بولد حر، وفي كتاب السير حيث قال فيما إذا وطئ جارية من المغنم؛ إذا لم ينفذ الاستيلاد، وعتق الولد، فهذه حامل بحرٍّ، والأصح منع بيعها.

والذي حكاه الرافعي عن اختيارهما الأول، فتأمل ذلك.

ثم في كلام الإمام في الرهن مناقشة فإنه قال: إنه ألحق بيع الجارية الحامل بالحرّ ببيع الأمة التى استثنى حملها، والأمر كما حكاه في البيع على العكس، والله أعلم.

---

(١) سقط في د.

فرع: لو باع شاة لبونًا واستثنى لبنها؛ ففي صحة البيع وجهان، حكاهما الفريقان، وأصحهما: أنه لا يجوز كما لو استثنى الحمل في بيع الجارية، والبيض في بيع الدجاج، والكُسَبْ في بيع السمسم، والحب في بيع القطن.

والفرق على الوجه الثاني أنه يقدر على تسليم المبيع حالة العقد، بخلاف تلك الصور، لكن فيه مانع آخر: وهو اختلاط اللبن بما يتجدد، ولو لم يستثن اللبن دخل في العقد.

قال في «التتمة»: ومقابله[1] قسط من الثمن.

قال القاضي أبو الطيب في تعليقه قولاً واحدًا.

وفي «الوسيط» في باب بيع المصراة أنه لا يقابله قسط من الثمن على رأي.

قال: وإن[2] **باع جارية حاملاً وشرط حملها ففيه قولان**، [أي][3] مبنيان على أن الحمل هل يعرف فيعامل معاملة المعلوم أم لا؟ وفيه خلاف.

فإن قلنا بالأول - وهو الأصح-: صح البيع؛ كما لو شرط في العبد أنه كاتب، فإن ظهر أنها غير حامل ثبت له الخيار.

وإن قلنا بالثاني: بطل البيع، كما لو شرط معها شيئًا مجهولاً، وهذا ظاهر النص في كتاب الصرف؛ فإنه قال: ولا خير في أن يبيع الرجل الدابة ويشترط عقاقها، وأراد به إذا شرط حملها، والعَقُوق: الحامل، والعَقَاق: الحمل.

وقيل: القولان في غير الآدمي من الحيوانات، أما في الآدمي فيصح قولاً واحدًا؛ لأن الحمل فيها عيب، فإذا أخلف انتفى عنها العيب؛ فيصير كما لو شرط أنها سارقة فخرجت غير سارقة.

وقيل: لا يصح فيما إذا شرط الحمل قولاً واحدًا.

ولو شرط كون الشاة المبيعة لبونًا؛ صح العقد عند العراقيين وجهًا واحدًا.

وحكى الإمام في ذلك طريقين:

أحدهما: ما صار إليه العراقيون.

والثاني: طرد القولين وكذا فيما لو شرط حشو الجبة.

ومنهم: من جزم فيها بالصحة، وأجرى[4] القولين فيما عداها.

---

(١) في د: وقابله.
(٢) في د: فإن.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: وإجراء.

وهذا فيما إذا لم يصرح ببيع الحمل واللبن والحشو، أما إذا قال: بعتك هذه الجارية وحملها، أو[١] هذه الشاة وما في ضرعها، أو هذه الجبة وما فيها من الحشو؛ ففيه خلاف.

وجزم بعضهم بالصحة في الجبة؛ لأن الحشو داخل في مسمى الجبة، فذكره ذكر ما دخل في اللفظ، ولا يضر التنصيص عليه، والحمل غير داخل في مسمى الجارية، فذكره ذكر شيء مجهول مع معلوم.

وإذا قلنا بالبطلان في حشو الجبة؛ ففي بيع الظهارة والبطانة قولا تفريق الصفقة، وفي كلام الإمام تعرض إلى إجراء مثل هذا الخلاف في الجارية والشاة.

وبيض الطير كحمل الجارية والدابة في جميع ذلك.

فرع: لو شرط أن الشاة تضع [الرأس][٢] الشهر ونحوه، لم يصح البيع قولاً واحدًا، وكذا لو شرط أنها تدر في كل يوم كذا رطلا من اللبن لم يصح البيع.

وفي زوائد العمراني حكاية وجه في الثانية في باب المصراة.

قال: **وإن باع عبدًا مسلمًا من كافر، بطل البيع في أصح القولين**؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]، ولأن الرق ذل؛ فلا يصح إثباته للكافر على المسلم، كما لا ينكح الكافر المسلمة، وهذا نصه في «الإملاء».

قال: **ويصح في الآخر، ويؤمر بإزالة الملك فيه**: أما صحة البيع؛ فلأن من صح بيعه للعبد صح شراؤه - أصله المسلم-، ولأن إسلام العبد لا يمنع من بقاء ملكه عليه؛ فلا يمنع من دخوله في ملكه بالشراء - أصله المسلم - ولأنه سبب يملك به العبد الكافر فملك به العبد المسلم؛ كالإرث.

وأما كونه يؤمر بإزالة الملك فيه؛ فلأن به يحصل دفع الذل عنه، وهذا نصه في «الأم»، وأكثر الكتب على ما حكاه القاضي الحسين.

والقولان يجريان فيما لو وهب له أو أوصى [له به][٣].

وقال في «التتمة»: هذا إذا قلنا: إن الملك في الوصية يحصل [بالقبول، أما إذا قلنا:][٤] يحصل بالموت؛ ثبت بلا خلاف كالإرث.

---

(١) في د: و.
(٢) في د: رأس.
(٣) في د: وصّى إليه به.
(٤) سقط في د.

وحكى في الزوائد في كتاب الجزية عن الطبري: أنا إذا لم نصحح البيع؛ ففي صحة الوصية وجهان:

أحدهما: أن الحكم كذلك، ولا يؤثر إسلام الموصى له بعد ذلك، وإن كان قبل الموت.

والثاني: إن أسلم قبل الموت صح، وإلا فلا.

وحكى في «الحاوي» في باب عقد الذمة في صحة الوصية به - ثلاثة أوجه.

ثالثها: إن أسلم الموصى له قبل القبول ملك العبد وإلا فلا.

وعلى كلا الوجهين[1] لا يجوز بيعه من كافر، صرح به الشاشي في «الحلية»، ويحكى عند الكلام في جواز نكاح الأمة.

ويتفرع على القولين مسائل:

فعلى الأول لو اشترى من يعتق عليه؛ ففي صحته وجهان:

أحدهما: لا يصح، كما لو لم يعتق عليه.

والثاني: يصح، وهو الأصح.

قال القاضي أبو الطيب: كما لو قال لمسلم: أعتق عبدك عن كفارتي؛ فأعتقه دخل في ملكه، وعتق، وهذا لا أعلم فيه خلافًا بين أصحابنا، فكذلك هاهنا.

وحكى الإمام وغيره جريان الخلاف في هذه الصورة، لكن مرتبًا على الأول، وأولى بالصحة؛ لأن الملك لا يجري فيه إلا ضمنًا مقدرًا.

وشراء الأب بيع على حقيقة البياعات يبطله التعليق بالإغرار ويفسد بفساد العوض، حتى إذا فسد فلا عتق، وهذا يشعر بأن الملك مقصود فيه والعتق بعده.

واستدعاء العتق يقبل التعليق، ولو ذكر عوضًا فاسدًا نفذ العتق، ورجع إلى بدل آخر على قياس فساد البدل في الخلع، فاقتضى ذلك ترتيبًا.

ولو شهد بحرية عبد مسلم ثم اشتراه، فالخلاف مرتب على الصورة الأولى، وأولى بالبطلان؛ لأن العتق وإن حكم به فهو ظاهر غير محقق، بخلاف صورة القريب؛ فإنه واقع تحقيقًا.

---

(١) في د: القولين.

ولو اشتراه بشرط العتق، وصححناه، فمن الأصحاب من خرجه على الوجهين في شراء القريب، ومنهم من جزم بالبطلان، وفرق بأن القريب يعتق عقيب الشراء، وهاهنا العتق موقوف على اختياره.

واستئجار الكافر المسلم - ينظر فيه، إن ورد العقد على الذمة صح وإن ورد على العين، قال القاضي أبو الطيب: من أصحابنا من قال فيه قولان؛ كالشراء.

ومنهم من قال: يصح، وهذا أظهر عند الرافعي(١)؛ لأن الإجارة لا تقيد ملك الرقبة، ولا تسلط عليه تسليطًا تامًّا بل [و](٢) هو في يد نفسه إن كان حرًّا، أو في يد مولاه إن كان عبدًا.

وعلى هذا هل يؤمر بإزالة ملكه عن المنافع؟ فيه وجهان.

جواب الشيخ أبي حامد، والقاضي أبي الطيب في أواخر كتاب عقد الذمة منهما: نعم، فلو لم يفعله فقياس ما تقدم أن يؤجر عليه.

وفي «الحاوي» في كتاب الإجارة: أن الحاكم يفسخها عليه، وفيه كتاب(٣) الذمة بعد حكاية القولين في صحة الإجارة، والصحيح عندي أن يعتبر حال الإجارة، فإن كانت معقودة على عمل يعمله الأجير في يد نفسه لا في يد المستأجر ويتصرف فيه على موجب عقده لا على رأي مستأجره؛ كالخياطة، والصباغة؛ صحت الإجارة.

وإن كانت معقودة على تصرف الأجير في يد المستأجر [عن أمره](٤) كالخدمة لم يجز [وجزم بأنا](٥) إذا صححنا الإجارة عن الخدمة ونحوها بأنه يؤمر بإزالة الملك، وفيما(٦) إذا كانت الإجارة على ما يعمله في يد نفسه بعدم الإجازة.

وفي جواز ارتهان الكافر العبد المسلم خلاف.

قال الرافعي: ولا خلاف في جواز إعارته وإيداعه، وسيأتي الكلام فيه في

---

(١) قوله: واستئجار الكافِر المسلمَ ينظر فيه: إن ورد العقد على الذمة صح، وإن ورد على العين قال القاضي أبو الطيب: من أصحابنا من قال فيه قولان كالشراء، ومنهم من قال: يصح، وهذا أظهر عند الرافعي. انتهى كلامه.
ومقتضاه: أن الرافعي حكى طريقين وصحح طريقة القطع، وليس كذلك؛ فإنه لم يحك طريقة قاطعة فضلًا عن ترجيحها، وإنما حكى وجهين فقط، ورجح الصحة. [أ و].

(٢) سقط في جـ.

(٣) في د: وفي كتاب عقد.

(٤) سقط في د.

(٥) في د: لحرو حصرانا.

(٦) في جـ: وكما.

العارية - إن شاء الله تعالى -.

وإذا باع الكافر عبدًا مسلمًا - كان قد أسلم في يده - بثوب، ثم وجد في الثوب عيبًا، فهل له رده واسترداد العبد؟

حكى الغزالي وإمامه فيه وجهين.

وفي «التهذيب» و«التتمة»: أن له رد الثوب لا محالة، وفي استرداده العبد وجهان: أظهرهما ما ذكره الغزالي أن له استرداده، وعلى مقابله يصير كالهالك.

ولو وجد المشتري بالعبد عيبًا والصورة هذه فأراد رده واسترداد الثوب، فعن الشيخ أبي محمد طرد الخلاف؛ لأنه كما لا يجوز للكافر تمليك المسلم، لا يجوز للمسلم تمليك الكافر [إياه][1].

فإذا منع من الرد رجع إلى الأرش.

وعن غيره القطع بالجواز.

ولو تقابلا، فإن قلنا: الإقالة بيع لم يصح على القول الذي عليه التفريع. وإن قلنا: إنها فسخ فوجهان.

ولو اشترى عبدًا كافرًا ثم أسلم قبل القبض؛ فهل يبطل العقد؟ فيه وجهان إذا كان البائع مسلمًا، فلو كان كافرًا فقد أبدى الإمام فيه ترددًا، وحكاه الغزالي خلافًا مرتبًا وأولى بعدم الانفساخ؛ لأنه كيفما انقلب انقلب إلى كافر.

ولو توكل الكافر عن المسلم في شرائه، قال القاضي أبو الطيب: لا يصح، كما لا يجوز أن يتوكل عن المسلم في التزويج، ولا يكون المحرم وكيلاً في شراء الصيد وعقد النكاح.

وقال ابن الصباغ: هذا عندي ليس بشيء؛ لأن الفاسق لا يجوز أن يكون وليًّا في النكاح، ويجوز أن [يكون وكيلاً في القبول][2].

قال مجلي: وهذا لا يلزم القاضي؛ لأنه لم يقصد الجمع بين البيع والنكاح حتى يفرق بينهما، وإنما قصد أن من لا يكون أهلاً للعقد لنفسه لا يصح أن يكون وكيلاً فيه لغيره.

---

(١) سقط في د.

(٢) في د: يقبل.

نعم، لو كان الإلزام أن الفاسق يجوز أن يكون وكيلاً في ولاية النكاح، ولا تصح ولايته؛ للزم إن سلمه القاضي.

والذي حكاه الغزالي أن الوكيل إن سمى الموكل في الشراء صح، وإن أضمر فوجهان مبنيان على تعلق العهدة بالوكيل، وبناهما الرافعي على أن الملك بيع للوكيل ثم ينتقل عنه للموكل، أو يقع للموكل ابتداءً.

فإن قلنا بالأول لم يصح، وإن قلنا بالثاني صح.

قلت: ولو خرج خلاف في صحة البيع مع القول بأن الملك يحصل للوكيل أو لا، مما إذا اشترى من يعتق عليه - لم يبعد من حيث إن الملك مختلف فيهما غير مستقر، ويجوز أن يفرق بما للشارع في العتق من التشوف.

وإطلاق الغزالي وغيره القول بالصحة عند التصريح بالسفارة مصور بما إذا قال: اشتريت لزيد، فقال: بعتك. أو قال: بعتك، فقال: اشتريت لزيد [وصححنا مثل هذا العقد.

أما إذا قلنا بعدم الانعقاد فيما إذا قال: بعتك، فقال: اشتريت لزيد][١] على ما حكاه المتولي والبغوي عند الكلام الذي ينعقد به النكاح وجهًا: فلا يصح أيضًا، وقد أشار إلى ذلك الإمام بقوله: إذا صححنا البيع بصيغة السفارة.

ولو توكل المسلم عن الكافر في شراء العبد المسلم، لم يصح التوكيل، فإذا تعاطى العقد نفذ على الوكيل ولا يتعداه إلى الموكل[٢]، كذا صرح به الإمام، وهو محمول على ما إذا لم يصرح بالسفارة.

والمرتد، هل يجري فيما ذكرناه من الأحكام مجرى المسلم؟ فيه وجهان بناهما القاضي الحسين والإمام على القولين في أنه هل يقتل بالذمي؟

التفريع على القول الثاني، هل يمكن من قبضه؟ فيه وجهان جاريان فيما لو أسلم العبد بعد الشراء وقبل القبض وقلنا بعدم [انفساخ العقد][٣]، أحدهما: يقبضه بنفسه، والثاني: ينصِّب الحاكم من يقبضه وهو الأظهر.

قال الإمام على هذا القول: ولا يخفى أنه يتخير في فسخ البيع؛ فإن ما جرى من التعذر طارئًا لا ينقص عن إباق العبد قبل القبض.

---

(١) سقط في د. (٢) زاد في د: و. (٣) في د: الانفساخ.

وإذا امتنع الكافر من إزالة الملك [عنه][١] بيع عليه بثمن مثله، فلو لم يجد من يشتريه بثمن مثله صبرنا[٢] إلى الوجود، وأحلنا بينه وبين السيد، ثم لا يعطله بل يستكسبه، ونفقته واجبة على سيده الكافر.

والحكم في أن الكتابة هل تكفي بدلاً عن زوال الملك بالبيع والهبة والإعتاق؟ فيه خلاف نذكره - إن شاء الله تعالى - في كتاب العتق مع ما يتعلق به.

فرع: هل يمنع الكافر من شراء المصحف وكتب الحديث؟ الذي نص عليه الشافعي في كتاب الجزية كما حكاه الأصحاب [المنع][٣] ثم قال الأئمة هاهنا: إن منعنا الكافر من شراء العبد المسلم فكذلك هاهنا، وإلا فوجهان؛ لأن العبد يدفع الذل عن نفسه.

والكتب التي[٤] فيها آثار السلف ملحقة بالمصحف عند العراقيين، [وكذا التي فيها حكايات الصالحين كما حكاه الإمام في كتاب الهدنة، وقال: لست أراه كذلك وجهًا][٥].

وامتنع الماوردي في «الحاوي» من إلحاق كتب الحديث والفقه بالمصحف.

وقال: إن بيعها منه صحيح [لا محالة][٦]، وجزم في كتاب عقد الذمة[٧] بطريقة المنع في المصحف لأجل تحريم مسه.

وقال في كتب الحديث: إن كان المذكور فيها سيرته وصفته جاز ابتياعهم لها، وإن كان فيها كلامه من أمره ونهيه وأحكامه ففي البيع وجهان، وظاهر نص الشافعي إلحاق كتب الحديث بالمصحف.

ثم إذا صح البيع فيما ذكرناه، فهل[٨] يؤمر بإزالة الملك [عنها][٩]؟ فيه وجهان، ورهن هذه الأشياء مرتب على جواز بيعها كما تقدم في العبد.

فرع آخر: بيع المصحف من المسلم ليس بمكروه وكذلك كتب الحديث.

وعن الصيمري: أن بيع المصحف مكروه، قال: وقد قيل: إن الثمن يتوجه إلى

---

(١) سقط في د. (٢) في د: صيرنا. (٣) سقط في ج، د.
(٤) في ج، د: الذي. (٥) سقط في د. (٦) سقط في د.
(٧) في ج: الذمه. (٨) في ج: وهل، وفي د: هل.
(٩) سقط في د.

الدفتين لا إلى كلام الله - تعالى - وقد قيل: إنه بدل عن أجرة النسخ.

قال: وإن باع العصير ممن يتخذ الخمر أو السلاح ممن يعصى الله - تعالى - به أي مثل قاطع الطريق [والمتغلب][(١)] واللص، ولم يتحقق أنهما يفعلان بالمبيع ما هو محرم كما صرح به سائر الأئمة.

[قال][(٢)]: أو باع ماله ممن أكثر ماله حرام [أي][(٣)]: ولم يتحقق أن الذي وقع عليه العقد من الثمن حلال أو حرام [قال][(٤)] كره؛ لأنه لا يأمن من الإعانة على المعصية أو أخذ الحرام، وقد قال - عليه السلام-: «الحلال بين والحرام بين و [بين ذلك أمور][(٥)] متشابهات»[(٦)] وسأضرب لكم في ذلك مثلاً -إن شاء الله تعالى - «وإن حمى الله - تعالى - محارمه، وإن من يرعى حول الحمى يوشك أن يخالط الحمى» وإنما لا يحرم؛ لأنه قد لا يفعل الحرام، أو يكون [ما أعطاه][(٧)] من الحلال.

قال: ولم يبطل البيع لما ذكرناه من العلة، أما إذا تحقق أنه يتخذ من العصير الخمر أو يعصى الله تعالى بالسلاح فإنه يحرم؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢].

ولكن يصح البيع أيضًا؛ لأن ذلك [المعنى في][(٨)] غير المعقود عليه؛ فلم يمنع الصحة؛ كالبيع وقت النداء.

وفي الرافعي حكاية وجه أنه لا يحرم بيع العصير مع تحقق اتخاذ الخمر [منه، وهو ما حكاه المحاملي في اللباب][(٩)].

ومن هذا القبيل بيع السلاح من أهل الحرب؛ فإن فيه تقوية أعداء الله.

وفي «الحاوي» حكاية وجه أنه لا يصح بيعه منهم، وهو[(١٠)] الظاهر في «النهاية» وبه جزم الرافعي.

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في د. (٣) سقط في د.

(٤) سقط في د. (٥) في د: بينهما.

(٦) أخرجه البخاري (١/ ١٢٦)، كتاب الإيمان، باب: فضل من استبرأ لدينه، حديث (٥٢)، (٤/ ٩٢)، كتاب البيوع، باب: الحلال بين والحرام بين، حديث (٢٠٥١)، ومسلم (٣/ ١٢١٩، ١٢٢٠)، كتاب المساقاة، باب: أخذ الحلال وترك الشبهات، حديث (١٠٤/ ١٥٩٩).

(٧) في د: معطاه. (٨) في د: في معنى. (٩) سقط في د.

(١٠) زاد في د: ما حكاه المحاملي في اللباب و.

وعلى القول بالصحة يفسخ[١] عليهم كما في شراء الكافر المسلم، صرح به الماوردي.

وبيع الجارية ممن يتخذها للغناء[٢]، [والغلام ممن اشتهر باللياطة][٣] كمبيع[٤] العصير ممن يتخذ الخمر صرح به ابن عصرون في «المرشد»، وكذا بيع الخشب ممن يستعمله في الملاهي، كما قاله المحاملي [في اللباب][٥].

وأما[٦] إذا باع ماله ممن أكثر ماله حرام، وتحقق أن ما وقع عليه العقد من ماله حرام لم ينعقد البيع، ولو تحقق أنه حلال لم يكره.

فإن قيل: إذا لم يتحقق أنه حرام ولا حلال وغلب على الظن] أن ما وقع به العقد حرام، فهلا خرجتم ذلك على غلبة الظن في النجاسة والطهارة[٧]؟!

قال الإمام: قلنا: لأنا صادفنا أصلاً مرجوعًا إليه في الإملاك وهو اليد فاعتمدناه، ولم نجد في النجاسة والطهارة أصلاً يعارض غلبة الظن[٨] إلا الطهارة.

فروع:

بيع الحديد [من أهل][٩] الحرب صحيح، وبيع السلاح من أهل الذمة جائز، وكذا رهنه منهم صرح به الإمام في كتاب الرهن، واستشهد له بأنه - عليه السلام-: مات ودرعه مرهون عند أبي شحمة اليهودي.

وحكى في «التتمة» وجهًا[١٠] في عدم صحة بيعه منهم، ورهن السلاح من أهل الحرب إذا منع بيعه منهم، فيه وجهان محكيان في «النهاية» في الرهن.

وبيع الشطرنج مكروه، كما أن لعبه مكروه، حكاه القاضي الحسين قبل باب السلف.

قال: **وإن شرط في البيع شرطًا يقتضيه العقد كالتسليم، وسقى الثمرة، وتنقيتها[١١] إلى** - أوان **الجداد وما أشبه ذلك** أي: مثل خيار المجلس، والرد بالعيب، وضمان الدرك على البائع، وغير ذلك **لم يفسد العقد**؛ لأنه تأكيد لمقتضاه.

---

(١) في د : ينفسخ.　(٢) في د: الخناء.　(٣) سقط في د.
(٤) في د: كبيع.　(٥) سقط في د، وفي جـ: في الثياب.
(٦) في د: فأما.　(٧) في د: الظاهرة.　(٨) في د: للظن.
(٩) في د: لأهل.　(١٠) في جـ: وجهان.　(١١) في التنبيه: أو تنقيتها.

تنبيه: الجداد بكسر الجيم وفتحها بالدال المهملة وبالمعجمة [أيضًا][(١)] وكذلك الحصاد [والقطاف][(٢)] والصرام كله بالوجهين.

قال الجوهري: فكان الفعال والفعال مطردين في كل ما كان فيه معنى وقت الفعل.

قال: **وإن شرط ما فيه مصلحة للعاقد كخيار الثلاث** أي فيما يجوز شرطه [فيه][(٣)] **والأجل** أي المعلوم فيما في الذمة - **والرهن والضمين** - [أي إذا عين الراهن][(٤)] والضامن، وكذا من يوضع الرهن تحت يده على أحد الوجهين][(٥)].

قال: **لم يفسد العقد** أي؛ ويجب الوفاء بالشرط.

أما اعتبار ذلك في خيار الثلاث فلحديث حبان بن منقذ.

وأما في الأجل فلقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ورُوي أنه - عليه السلام - قال: «[و][(٦)] من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم[(٧)]»، والسلم نوع من المبيع.

وروى مسلم عن عائشة -رضي الله عنها- أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعامًا نسيئة فأعطاه درعًا رهنا[(٨)].

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في ج.
(٤) في ج: الرهن.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: مسمى.
والحديث أخرجه أحمد (١/ ٢٨٢)، والبخاري (٤/ ٤٢٩) كتاب السلم، باب: السلم في وزن معلوم، الحديث (٢٢٤٠)، و (٢٢٤١)، ومسلم (٣/ ١٢٢٦ - ١٢٢٧) كتاب المساقاة، باب: السلم، الحديث (١٢٧/ ١٦٠٤)، وأبو داود (٣/ ٧٤١ - ٧٤٢) كتاب البيوع والتجارات، باب: في السلف، الحديث (٣٤٦٣)، والترمذي (٣/ ٦٠٢ - ٦٠٣) كتاب البيوع، باب: ما جاء في السلف في الطعام والتمر، الحديث (١٣١١)، والنسائي (٧/ ٢٩٠) كتاب البيوع، باب: السلف في الثمار، وابن ماجه (٢/ ٧٦٥) كتاب التجارات، باب: السلف في كيل معلوم، الحديث (٢٢٨٠)، وابن الجارود ص (٢٠٨ - ٢٠٩) باب في السلم، الحديث (٦١٤) و (٦١٥)، والدارمى (٢/ ٢٦٠) كتاب البيوع، باب: في السلف، والدارقطنى (٣/ ٣) كتاب البيوع، رقم (٣)، والحميدى (١/ ٢٣٧)، رقم (٥١٠)، الطبرانى في الصغير (١/ ٢١٢)، والشافعي (٢/ ١٦١)، رقم (٥٥٧)، والبيهقي (٦/ ١٨) كتاب البيوع، باب: جواز السلف المضمون بالصفة، وفي (٦/ ١٩) باب السلف في الشيء، والبغوي في شرح السنة (٤/ ٣٢٨).
(٨) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٢٦) كتاب المساقاة، باب: الرهن وجوازه في الحضر والسفر (١٢٤/ ١٦٠٣).

ورُوي أنه - عليه السلام - أمر عبد الله بن عمر أن يجهز جيشًا، وأمره أن يبتاع ظهرًا إلى خروج المصدق.

وأما في الرهن فلقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾[1] [البقرة: ٢٨٣].

وأما في الضمين: فبالقياس على الرهن لما اشتركا فيه من الحاجة إلى التوثيق، ويلتحق بهما اشتراط الإشهاد، قال الله تعالى: ﴿وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

أما شرط الأجل المجهول [فمبطل للعقد][2]، كما تقدم.

وكذا شرطه في المبيع [المعين][3] أو الثمن المعين، مثل أن يقول: اشتريت منك بهذا الدينار على أن أسلمه لك في وقت كذا؛ لأن الأجل رفق أثبت لتحصيل الحق[4] في المدة والمعين حاصل.

ولو أجل شيئًا بألف سنة. قال الروياني: بطل العقد؛ للعلم بأنه لا يبقى إلى هذه المدة، ويسقط الأجل بالموت، كما لو أجر ثوبًا ألف سنة.

فعلى هذا يشترط[5] في صحة الأجل مع كونه معلومًا فيما في الذمة[6] احتمال بقائه إلى المدة المضروبة ويقوم مقام تعيين الرهن والضامن، وصف الرهن بصفات المسلم فيه، ومعرفة الضامن بالنسب. ولا يكفي فيه أن يقول: رجل موسر ثقة.

قال الرافعي: ولو قال قائل: الاكتفاء بالصفة أولى من الاكتفاء بمشاهدة من لا يعرف حاله؛ لم يكن مبعدًا.

وفي كتاب القاضي ابن كج : أنه لا حاجة إلى تعيين الضامن، وإذا أطلق أقام من شاء ضمينًا، ولا يشترط في الإشهاد التعيين على أصح الوجهين، وهو الذي ادعى الإمام القطع به، ورد الخلاف إلى أنه لو عين الشهود هل يتعينون أم لا؟

والصحيح في «الاستقصاء» كما حكاه في كتاب الرهن عدم تعينهم.

فإن قلنا بتعينهم فامتنعوا من الشهادة ثبت للشارط الخيار.

وإن قلنا: لا يتعينون.

قال الإمام في كتاب الرهن: ينبغي أن يشهد من يعرف منهم في الصفات

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٥٠) كتاب البيوع، باب: في الرخصة في ذلك (٣٣٥٧) وفي إسناده جهالة.
(٢) في د: فيبطل العقد. (٣) سقط في د. (٤) في د: الرفق.
(٥) زاد في جـ: الأجل. (٦) في د: المدة.

المقصودة في الشهادة؛ حتى لا يكتفي بإشهاد أقوام يظهر انحطاطهم عنهم، والعلم عند الله تعالى. ولا يبطل العقد بهذا الشرط.

واعلم أن كلام الشيخ يقتضي الاسترسال في جواز اشتراط ما فيه مصلحة للعاقد على هذا النحو، وليس يماثل ذلك الاشتراط الإشهاد، وقد ذكرناه، ويؤكده قول الإمام في كتاب الرهن.

ومن الأصول المعتمدة في البياعات أن العقد إذا كان له مقتضى عند الإطلاق فلا يجوز تغييره في نقيض إطلاقه بما لا يقع فيه ولا مصلحة تتعلق [به،](١) [فأما الشرط الذي يتعلق](٢) بمصلحة العقد فلا يجوز الاسترسال في تجويزه بل يتبع فيه توقيف الشارع؛ كالخيار وما في معناه؛ فإن هذه الأشياء في المعاملات؛ كالرخص في العبادات.

قال: **وإن شرط العتق في العبد لم يفسد [العقد ويلزم](٣)** الشرط، ووجهه ما رُوي عن عائشة -رضي الله عنها- أنها قالت: جاءت بريرة، فقالت: إني كاتبت على تسع أواق، في كل سنة أوقية؛ فأعينيني، قالت عائشة: إن أحب أهلك أن أعدها لهم عدًّا وأعتقك فعلت، ويكون ولاؤك لي. فذهبت بريرة إلى أهلها؛ فأبوا ذلك عليها، فقالت إني قد عرضت عليهم فأبوا ألا يكون لهم الولاء، فسمع بذلك النبي ﷺ فسألني، فأخبرته، فقال: «خذيها وأعتقيها واشترطي لهم الولاء؛ فإن الولاء لمن أعتق»، قالت عائشة: فقام رسول الله ﷺ فخطب ثم قال: «أما بعد، فما بال رجال منكم يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله - عز وجل - فأيما شرط كان ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط فقضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، ما بال رجال منكم يقول أحدهم: أعتق [يا](٤) فلان، والولاء لي، إنما الولاء لمن أعتق»(٥) هكذا أخرجه

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: العقد أي: فيلزم.
(٤) سقط في د.
(٥) أخرجه مالك (٢/ ٧٨٠) كتاب العتق، باب: مصير الولاء لمن أعتق، الحديث (١٧)، وأحمد (٦/ ٢٠٦)، والبخاري (٤/ ٣٧٦) كتاب البيوع، باب: إذا اشترط في البيع، الحديث (٢١٦٨) ومسلم (٢/ ١١٤٢) كتاب العتق، باب: الولاء لمن أعتق، الحديث (٨/ ١٥٠٤)، والترمذي (٤/ ٤٣٦) كتاب الوصايا، باب: الرجل يتصدق أو يعتق، الحديث (٢١٢٣)، والنسائي (٦/ ١٦٤ - ١٦٥) كتاب الطلاق، باب: خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك، وابن ماجه (٢/ ٨٤٢) كتاب العتق، باب: المكاتب، الحديث (٢٥٢١) من حديث عائشة.

البخاري، وروى مسلم معناه.

وجه الدلالة منه: أن بيع بريرة كان بشرط العتق بدليل اشتراط الولاء، فصحح النبي ﷺ البيع مع اشتراطه، وأبطل أن يكون الولاء لغير المعتقة.

ولأنه لو قال له: أعتق عبدك عني بألف صح البيع ونفذ العتق، وإن لم يستقر للباذل على العبد ملك؛ فما استقر بالعقد ملكه وشرط عليه عتقه أولى أن يصح.

وقيل: إن الشرط باطل، ويبطل به العقد؛ لعموم نهيه - عليه السلام - عن بيع وشرط؛ ولأنه شرط ينافي [مقتضى][١] العقد فأبطله؛ كما لو باع بشرط ألا يسلم.

وقيل: يبطل الشرط دون العقد، رواه أبو ثور عن الشافعي.

قال الماوردي: وليس يعرف [له][٢]، ولا يحفظ عنه إلا من جهته، وأصح الأقوال الأول.

ومحلها إذا أطلق الشرط، أو قال: بشرط أن تعتقه عن نفسك، أما إذا قال: بشرط أن تعتقه عني فهو لاغ.

قال: فإن امتنع عن[٣] **العتق** - أي على قولنا بصحة الشرط - أجبر عليه، [وقيل][٤] : **لا يجبر، بل البائع بالخيار[٥] بين الفسخ والإمضاء.**

هذا الخلاف مبني على أن العتق حق لله تعالى، كالملتزم بالنذر[٦]، أو حق للبائع لأن اشتراطه يدل على تعلق غرضه به، وينزل لأجله جزءًا من الثمن، فيه وجهان: أظهرهما: الأول.

فإن قلنا: [به][٧] أجبر عليه، وهو قول أبي سعيد الإصطخري، والأصح.

وفي كيفية إجباره احتمالان للإمام[٨]:

أحدهما: يكون الحكم فيه كالمولى، وهو المذكور في «التتمة» و«تعليق» القاضي الحسين.

والثاني: لا طريق سوى الحبس حتى يعتق.

وإن قلنا: إنه حق للبائع فلا يجبر، كما في شرط الرهن والكفيل، وهذا[٩] ما اختاره ابن عصرون.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في التنبيه: من.
(٤) في جـ: وقال.
(٥) في التنبيه: يخير البائع.
(٦) في د: بالبدل.
(٧) في د: له.
(٨) في جـ: للأم.
(٩) في د: وهو.

وفي «النهاية» أنا إذا قلنا: إن العتق حق للبائع وامتنع، فهل يجبر عليه؟

ذكر صاحب «التقريب» فيه قولين.

وإذا قلنا بالقول الذي حكاه أبو ثور؛ فلا يجبر على عتقه، ولكن هل يثبت للبائع الخيار عند امتناعه من العتق؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو قول البغداديين-: لا خيار له؛ لفساد الشرط.

والثاني - وهو قول البصريين-: له الخيار؛ لأن فساد الشرط يمتنع من لزومه، ولا يمنع من استحقاق الخيار به، كما لو شرط في البيع رهنًا لم يلزم، وأوجب خيار البائع.

فروع:

هل للبائع المطالبة بالعتق، على[1] قولنا: إنه حق له فنعم، وإن قلنا: إنه حق لله تعالى؛ فكذلك على أصح الوجهين.

وهل يسقط بإسقاط البائع؟ إن قلنا: إنه حق لله تعالى، فلا، وإن قلنا: إنه حق له سقط على ظاهر المذهب عند الإمام، وهو ما حكاه القاضي الحسين في التعليق، كما لو شرط الرهن ء الكفيل ثم عفا عنه.

قال الإمام: وفي كلام شيخي رمز إلى خلاف هذا؛ يعني: في الرهن والكفيل كحق الأجل.

ولو باع العبد بشرط العتق أيضًا، لم يصح في أصح الوجهين؛ لأن العتق مستحق عليه، فليس له نقله إلى غيره، وهل يجزئ إيلاد الجارية عن الإعتاق؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، بل عليه أن يعتقها.

وفي «حلية الشاشي» و«الشامل»، حكاية وجه أنه لا يجزئ عتقها [عن][2] الشرط؛ لأنها صارت مستحقة العتق بالإحبال، وعلى هذا تكون بمثابة الغائبة بالموت، فتجري فيها الأوجه، كما سنذكر.

ولو جنى هذا العبد قبل اتفاق العتق، فهل يسلم ليباع في الجناية؟

قال الماوردي: إن قلنا بإجباره على عتقه؛ وجب فداه كأم الولد.

ولو قتل العبد قبل العتق كانت قيمته للمشتري، ولا يكلف صرفها إلى عبد آخر ليعتقه.

---

(١) زاد في جـ: أن.

(٢) في د: على.

ولو مات قبل اتفاق العتق؛ فخمسة أوجه:

أظهرها: ليس للبائع إلا الثمن.

والثاني: يفسخ[١] العقد ويرجع إلى القيمة.

والثالث: له الثمن وما بين قيمته مع الشرط وقيمته من غير الشرط، فإذا كان الثمن عشرة وقيمته مع الشرط اثني عشر وبدون الشرط خمسة عشر؛ لزمه ثلاثة عشر. ولم يزد الماوردي على هذه الأوجه.

وقال: إنها تجري على قول الإجبار وعدمه.

والرابع: له الثمن وما يقابل الشرط من نسبة الثمن؛ فيجب له في مثالنا اثنا عشر وحكى الإمام هذا الوجه - و [لو][٢] ضرب له مثالاً يقتضي مخالفة ما ذكرناه في الحكم، فإنه قال: لو كان مع الشرط يساوي مائة، وبدونه يساوي مائة وخمسين، فالتفاوت بالثلث، فيعود بعد ضبط ذلك، ويقول: الثمن تسعون، وقد بان أن نسبة التفاوت [بثلثي][٣] الجملة، فكأنه أخذ ثمن ثلثي العبد، وإذا كان ثمن ثلثي العبد تسعين فثمن الجملة مائة وخمسة وثلاثون، فيغرم خمسة وأربعين، ومقتضى هذا في مثالنا أن يكون ما قبضه[٤] أربعة أخماس الثمن، وإذا كان ثمن أربعة أخماسه عشرة؛ يكون ثمن جميعه اثني عشر ونصفًا؛ فيغرم درهمين ونصفًا.

والخامس - وهو الذي صححه ابن عصرون-: أنه يثبت له الخيار بين الفسخ والرجوع إلى القيمة وبين الإمضاء. والاقتصار على الثمن، وهذان الوجهان لم يحك القاضي أبو الطيب في تعليقه سواهما، وفحوى كلامه: أنهما جاريان على قول الإجبار وعدمه. فإنه قال: هلا قلتم مع بقاء العبد وقد امتنع المشتري من العتق أنه يرجع بذلك، يعني بما يقابل الشرط؟!

فالجواب: أنه هناك يمكن إجباره على العتق[٥] فأجبرناه عليه في أحد الوجهين، ويمكن رده فخيرناه في الوجه الآخر. وهاهنا قد [تعذر][٦] الإجبار؛ لأن الميت لا يصح إعتاقه، وتعذر التخيير؛ لأنه لا يمكن رده فجعلنا له الرجوع بالنقص، كما يرجع

(١) في د: ينفسخ.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: بثلث، ود: ثلث.
(٤) زاد في جـ، د: ثمن.
(٥) في د: العقد.
(٦) في د: تعدد.

بالأرش إذا تعذر الرد بالعيب.

وقال الرافعي: هذه الوجوه مفرعة على أن العتق حق للبائع[1] أو هي مطردة سواء قلنا: إنها للبائع أو لله تعالى، فيه رأيان للإمام؛ أظهرهما: الثاني.

وقيل: إن قلنا: إن الحق لله - تعالى - لم يلزمه شيء؛ وهو الوجه الأول.

وإن قلنا: إنه حق للبائع جرى ما عدا الأول من الأوجه، حكى ذلك ابن التلمساني.

فروع:

لو اشترى عبدًا بشرط أن يدبره أو يعتقه بعد شهر - مثلاً - أو يكاتبه، أو دارًا بشرط أن يقفها، ففي هذه الشروط وجهان:

أصحهما: أنها ليست كشرط العتق، بل يبطل البيع بها. وعليه يدل قول الشيخ من بعد.

واختيار ابن عصرون صحة البيع بشرط العتق بعد شهر.

وفرق القاضي الحسين بين البيع بشرط العتق وبين البيع بشرط الكتابة أو الاستيلاد، بأن المشتري لا يقدر عليهما بنفسه ويقدر على العتق منفردًا به، وليس لهما من القوة ما للصريح.

وبأن عقد البيع لا يقتضيهما بحال، بخلاف العتق؛ فإن عقد البيع قد يقتضيه، كما إذا اشترى من يعتق عليه.

ولو باع عبدًا بشرط العتق على أن يكون الولاء للبائع؛ ففيه قولان:

أحدهما: أنه يبطل العقد، وهو الذي عليه الجمهور.

والثاني: أنه يصح، وهو ما رُوي[2] عن حكاية الإصطخري أو تخريجه لحديث بريرة؛ فإنه[3] - عليه السلام - لا يأذن في باطل، وعلى هذا فهل يثبت الشرط؟ المحكي عن الأصحاب الذي [لا][4] يكاد يوجد غيره أنه لا يثبت كما حكاه الرافعي. وقال الإمام: إنه فاسد، وحكى وجهًا أنه يثبت الولاء للبائع من غير تقدير الملك[5]،

---

(١) في ج، د: البائع.
(٢) في د: رواه.
(٣) في د: أنه.
(٤) سقط في ج.
(٥) قوله: ولو باع عبدًا بشرط العتق على أن يكون الولاء للبائع ففيه قولان، والجمهور على بطلان العقد. ثم قال: وعلى هذا - يعني الصحة - فهل يثبت الشرط المحكي عن الأصحاب؟ الذي لا يكاد يوجد غيره: أنه لا يثبت كما حكاه الرافعي، وقال الإمام: إنه فاسد. وحكى وجهًا أنه يثبت =

كما إذا باع عبدًا لنفسه[(١)] بمال، فإذا اشترى نفسه عتق، وسبيل العتق أنه ملك نفسه، فاستحال أن يكون مملوكًا لنفسه ومالكًا، ثم إذا حصل العتق فالولاء للسيد، وهذا ما حكاه الغزالي في الوجيز.

ولو جرى البيع بشرط الولاء دون شرط العتق بأن قال: بعتكه[(٢)] بشرط أن يكون الولاء [لي][(٣)] إن أعتقته يومًا من الدهر فقد ذكر في «التتمة»: أن العقد هاهنا باطل بلا خلاف.

وقال في كتاب الخلع: المشهور من المذهب فساد العقد، وهذا يشعر بخلاف[(٤)].

ولو باع العبد بشرط أن يبيعه بشرط العتق، فالصحيح على ما حكاه الرافعي في كفارة الظهار - البطلان.

وعن أبي الحسين تخريجه على وجهين، ولو اشترى أباه أو ابنه بشرط أن يعتقه، فعن القاضي الحسين أن العقد باطل؛ لتعذر الوفاء بهذا الشرط، فإنه يعتق عليه قبل أن يعتقه، ويظهر على رأي الأودني أن يصح.

فائدة: استشكل بعضهم إذنه ﷺ في اشتراط الولاء، ومنعه منه بعد ذلك.

وأجيب بأن قوله - عليه السلام-: «اشترطي لهم» المراد به: عليهم، كما في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ [الإسراء: ٧].

= الولاء للبائع من غير تقدير الملك. انتهى كلامه.

وما ذكره - رحمه الله - من أن الإمام قد حكى وجهًا في ثبوت الولاء فهو غلط اتبع فيه الرافعي؛ فإن الإمام لم يحك عن أحد خلافًا، وإنما ذكره بحثًا فقال تفريعًا على قول الصحة ما نصه: وعلى هذا ففي الولاء المشروط نظر ذهب بعض الأصحاب إلى أن الوجه فيه إلغاء الشرط، وتصحيح العقد، وهذا فاسد مع أمر رسول الله ﷺ بالاشتراط، ومتعلق القول بصحة العقد قصة بريرة؛ فلا ينبغي أن نعتبر أصلها ونعطل تفصيل القول فيها؛ فإذن الوجه تصحيح الشرط إذا صححنا العقد؛ تعلقًا بقصة بريرة هذا. لفظ الإمام، وقد تفطن المصنف في «شرح الوسيط» للصواب فقال: عدم ثبوت الولاء من نقل الإمام، وثبوته من فقهه. [أ و].

(١) في جـ، د: نفسه. (٢) في د: بعتك. (٣) سقط في جـ.

(٤) قوله: ولو جرى البيع بشرط الولاء دون العتق، بأن قال: بعتكه بشرط أن يكون الولاء لي إن أعتقته يومًا من الدهر - فقد ذكر في «التتمة» أن العقد باطل بلا خلاف، وقال في كتاب الحج: المشهور من المذهب فساد الحج، وهذا يشعر بخلاف. انتهى.

وتعبيره بـ«الحج» سهو، وصوابه: الخلع. [أ و].

قلت: في النسخ الخلع وعليه لا اعتراض.

[وقيل][١] معناه: اشترطي أو لا تشترطي فهو لاغ لا يضر شرطه ولا تركه.

وقيل: أذن فيه ثم منعه ليكون أقطع لعادتهم، كما رُوي أنهم كانوا لا يرون جواز الإحرام بالعمرة في أشهر الحج، فأمرهم - عليه السلام - بالإحرام بالحج في أشهر الحج فأحرموا به ثم أمرهم بفسخ الإحرام بالحج بالعمرة، للمبالغة في رجوعهم عما كانوا يعتقدون منعه.

وعلى هذا التأويل يكون هذا الشرط خاصًّا في بيع بريرة لا غير، واختاره العمراني.

وقيل: إن قوله «واشترطي لهم الولاء» غير محفوظ في الحديث، وإنما رويت هذه الزيادة من طريق هشام بن عروة، ولم يتابع عليها، كذا حكاه البغوي، وكذا الماوردي في باب الكتابة ونسبه إلى الشافعي نفسه.

وحُكي عن بعض أصحابنا أنه - عليه السلام - أذن في ذلك حين جوازه ثم ورد بعده [نسخ][٢] فأظهر نسخه بفسخه.

وحكى عن [ابن أبي هريرة أنه قال: قوله][٣] - عليه السلام - اشتري واشترطي لهم الولاء[٤] خارج مخرج الوعيد والتهديد لا مخرج الإذن[٥] والجواز، كما في قوله تعالى: ﴿فَمَن شَآءَ فَلْيُؤْمِن وَمَن شَآءَ فَلْيَكْفُرْ﴾ [الكهف: ٢٩].

وحكى عن أبي علي الطبري: أنه قال: قوله «اشترطي لهم الولاء» أي: اشترطي لهم العتق، فعبر عن العتق بالولاء لحدوثه عنه واستحقاقه به.

وفي[٦] الذخائر أن بعض الناس قال: إنما وقع البيع على نجوم كتابتها، والصحيح [أنها ابتاعت][٧] رقبتها، وعلى هذا قد يشكل مذهبنا؛ لأن بريرة كانت مكاتبة.

[والجديد][٨] أنه لا يصح بيع المكاتب.

وأجيب عن ذلك: بأن بريرة كانت الساعية في ابتياع عائشة -رضي الله عنها- ومثل ذلك مبطل للكتابة - كما ستعرفه في بابها - أو لأن بريرة أظهرت العجز فعجزها أهلها، وفسخوا العقد بإقدامهم على بيعها، والفسخ يحصل بالبيع أو يحتمل ذلك، وهي قضية عين.

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: فسخ.
(٣) في د: بعض أصحابنا أنه.
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) في جـ: الأجر.
(٦) في جـ: وكذا في.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في جـ.

قال: وإن شرط ما [سوى ذلك مما] ينافي[١] **موجب البيع**[٢] - أي: مقتضاه- وهي بفتح الجيم.

قال: **وليس فيه مصلحة؛ كبيع الدابة بشرط أن يركبها، [وكبيع]**[٣] **الدار بشرط أن يسكنها شهرًا** - أي البائع **لم يصح العقد** لقوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[٤] وهذه الشروط ليست في كتاب الله فتكون باطلة.

وإذا بطلت صار[٥] الثمن مجهولاً؛ لأن الشرط يقتضي زيادة في الثمن مرة ونقصانه [مرة][٦] أخرى، فإذا بطل بطل ما يقابله، وذلك يؤدي إلى الجهالة بالثمن، ولما روى عبد الحق مسندًا من طريقين: أنه ﷺ نهى عن بيع وشرط، فظاهره يقتضي فساد المنهي عنه؛ ولأن ذلك يتضمن اشتراط عدم التسليم فبطل - كما لو صرح به.

وحكى عن صاحب «التقريب»، وأبي علي، وأبي ثور نصًّا غريبًا عن الشافعي أن البيع لا يفسد بالشرائط الفاسدة، بل يلغو الشرط ويصح العقد كما في النكاح.

وحكى المراوزة فيما إذا استثنى منفعة الدار مدة معلومة لنفسه - أنه يصح البيع على رأي، كما يصح بيع الدار المستأجرة على رأي؛ ولأنه - عليه السلام-: ابتاع بعيرًا من جابر بأربعة دنانير وقال: لك ظهره حتى تأتي المدينة[٧].

والمذهب فساد البيع بالشرط الفاسد بخلاف النكاح؛ لأن الشرط فيه يسقط

---

(١) سقط في د. (٢) في التنبيه: العقد. (٣) في التنبيه: أو بيع.

(٤) تقدم تخريجه. (٥) في جـ: فصار. (٦) سقط في د.

(٧) أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في مجمع الزوائد (٤/ ٨٥)، والخطابي في معالم السنن (٣/ ١٤٥ - ١٤٦)، والحاكم في «علوم الحديث» ص (١٢٨) ذكر النوع التاسع والعشرين في معرفة سنن رسول الله ﷺ يعارضها مثلها، وابن حزم في المحلى (٨/ ٤١٥ - ٤١٦)، عن عبد الوارث ابن سعيد قال: قدمت مكة، فوجدت بها أبا حنيفة، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعًا وشرط شرطًا، فقال: البيع باطل والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال: البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فسألته، فقال: البيع جائز والشرط جائز، فقلت: سبحان الله ثلاث من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة! فأتت أبا حنيفة فأخبرته، فقال: ما أدرى ما قالا، حدثنى عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده، عن النبى ﷺ: «أنه نهى عن بيع وشرط» البيع باطل والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته، فقال: ما أدرى ما قالا، حدثنى هشام بن عروة عن أبيه، عن عائشة قالت: «أمرنى رسول الله ﷺ أن أشترى بريرة فأعتقها» البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته، فقال: ما أدرى ما قالا، حدثنى مسعر بن كدام، عن محارب بن دثار، عن جابر قال: «بعت النبى ﷺ ناقة وشرط لى حملانها إلى المدينة» البيع جائز والشرط جائز.

المسمى، ويوجب مهر المثل، ولا قائل بمثله في البيع؛ فانقطع الإلحاق.

والفرق بين ما نحن فيه وبين بيع الدار المستأجرة أن المنافع ملك له، وقد تضمن العقد خروجها عنه إلى المشتري فلا يصح شرطها له؛ لأنه يخالف مقتضى العقد بخلاف المستأجر؛ ولأن في هذا الشرط منعًا من التسليم إلى المشتري ولا يجوز، ويفارق المستأجر فإن المنافع مستحقة بعقد سابق، وصار ذلك مثل الدار المبيعة إذا كانت مشحونة بالأمتعة فإنها تحتاج إلى مدة في تفريغها، ولو استثنى [مثل][(١)] تلك المدة بطل العقد، وهذا يحسن أن يفرق به بين ما نحن فيه وبين ما لو باع نخلاً وعليها طلع غير مؤبر، فاستثناه لنفسه؛ إذ ليس فيه تأخير للتسليم.

وأجيب عن حديث جابر بجوابين:

أحدهما: أنه شرط بعد العقد.

قال القاضي أبو الطيب: ويدل عليه أنه جاء في بعض ألفاظه: «فلما نقد[(٢)] الثمن شرطت حملاني إلى المدينة».

والثاني: لم يكن ذلك مع جابر بيعًا مقصودًا لرواية سالم بن أبي الجعد: أن النبي ﷺ أعطاه الثمن ورد عليه الجمل، وقال: «أتراني إنما ماكستُكَ لآخذ جملك؟ خذ جملك ودراهمك، فهما[(٣)] لك»[(٤)].

فدل على أنه - عليه السلام - إنما أراد منفعته لا مبايعته.

من هذا القبيل ما إذا باع شجرة يابسة بشرط التبقية أو الثمار بعد بدو الصلاح بشرط [القطع وقت][(٥)] الجداد.

وألحق المتولي بهذا القسم ما إذا شرط أن يصلي النوافل أو يصوم شهرًا غير رمضان أو يصلي الفرائض في أول الوقت وجزم بالبطلان.

وفي حلية الشاشي: أن أصحابنا قالوا: الشرط الفاسد لا يؤثر في العقد، إلا إذا كان فيه غرض فأما [ما][(٦)] لا غرض فيه؛ كقوله: بعتك على أن تدخل الدار أو تقف في

---

(١) سقط في د. (٢) زاد في جـ: في. (٣) في د: فإنهما.

(٤) أخرجه البخاري (٥/ ٣١٤) كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة حديث (٢٧١٨) ومسلم (٣/ ١٢٢١) كتاب المساقاة باب بيع البعير واستثناء ركوبه حديث (١٠٩/ ٧١٥).

(٥) في د: القطع في وقت، في جـ: ألا يقطعها وفي وقت.

(٦) سقط في د.

الشمس أو تصلي النفل، أو تأكل كذا، وأبدى احتمالاً في البطلان مما إذا أوصى بثلث ماله لزيد وللحمار، فإنه على وجه يعطي نصف الثلث؛ لجعلنا الإضافة إلى ما لا غرض فيه؛ كالإضافة إلى ما[١] فيه غرض.

وقريب مما حكاه أولاً ما جزم به الإمام والغزالي فيما إذا باعه بشرط ألا يطعمه إلا الهريسة، ولا يلبسه إلا الحرير - أنه يصح.

وكذلك فيما إذا شرط الكيل أو الوزن بشيء معين. وإلى هذا يرشد قول الشيخ؛ كبيع الدابة بشرط أن يركبها، وبيع الدار بشرط أن يسكنها شهرًا، فصار المثال هو المبين للمراد بالقاعدة.

وهذه الشروط ليست موافقة لمثاليه، وقد حكى الغزالي في كتاب السلم في بطلان البيع بفساد شرط الكيل والوزن وجهًا آخر.

فرع: إذا حذف الشرط المفسد في زمن الخيار لا يؤثر ذلك في الصحة، ورأي صاحب «التقريب» وجهان:

إن حذف الأصل المذكور، يصير العقد صحيحًا، وأجراه بعضهم في خيار الشرط.

والأظهر أنه لا يجري، وأجراه بعضهم في سائر المفسدات.

قال الإمام: والأصح: لا؛ لأن بين الأجل والمجلس مناسبة لا توجد في غيره، وهي المنع من المطالبة بالثمن، كذا حكاه الرافعي في كتاب السلم، ولو شرط في المجلس شرطًا فاسدًا فسد العقد، صرح به القاضي [الحسين][٢].

قال: ولم يملك فيه المبيع أراد الشيخ بهذه الزيادة التنبيه على إبطال مذهب أبي حنيفة فيما إذا قبضه؛ فإن عنده أنه يملكه ملكًا ضعيفًا، وللبائع انتزاعه منه متى شاء بجميع زوائده، ولو تلف أو زال ملكه عنه ضمنه بالقيمة مع موافقته على أنه لا يملكه قبل القبض، وعندنا لا فرق في عدم الملك بين ما قبل القبض وما بعده.

ووجهه ما رُوي أنه عليه السلام قال: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا؛ فهو رد»[٣]؛

---

(١) زاد في جـ: لا. (٢) سقط في د.

(٣) أخرجه البخاري معلقًا (١٥/ ٢٥٥) كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: إذا اجتهد العامل أو الحاكم، قبل حديث (٧٣٥٠)، ومسلم (٣/ ١٣٤٣) كتاب الأقضية، باب: نقض الأحكام الباطلة، برقم (١٨/ ١٧١٨)، وفي لفظ: «من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد»، وأخرجه البخاري (٥/ ٣٧٧) كتاب الصلح، باب: إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، برقم (٢٦٩٧)، ومسلم (٣/ ١٣٤٣) كتاب الأقضية، باب: نقض الأحكام الباطنة ورد محدثات الأمور، برقم (١٧/ ١٧١٨).

ولأنه قبض في بيع فاسد فلم يحصل الملك به؛ كالمحرم إذا اشترى صيدًا وقبضه، وكذا إذا كان الثمن دمًا أو ميتة.

قال: **فإن قبضه المبتاع وجب رده أي على مالكه، ولا يملك التصرف فيه** خلافا له، أما أنه يجب رده فلقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترد»(١)، وأما أنه لا ينفذ تصرفه [فيه](٢) فلأنه تصرف فيما للبائع فيه سلطان؛ فلم ينفذ كما في [المبيع قبل القبض](٣).

وفي قول الشيخ: «وجب رده» ما يعرفك أن مؤنة الرد على المشتري؛ لأن من وجب عليه رد شيء كانت مؤنة الرد عليه، ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد دفع الثمن وأفلس البائع أو لا، وقد ذكرنا من قبل أن له حبسه إلى أن يقبض الثمن على النص، وهو ما حكاه ابن كج عن الإصطخري والمذهب خلافه.

قال: **فإن هلك عنده ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف**؛ لأنه ما من حالة تعرض فيها قيمة إلا وهو مخاطب فيها بالرد، فإذا لم يرد فقد فوت الرد فلزمه بدله كالغاصب.

واعلم أن ظاهر كلام الشيخ يقتضي أنه لا فرق في غُرم القيمة بين أن يكون المبيع من ذوات الأمثال أو القيم، وهو ما حكيناه في الباب قبل هذا الباب عن الماوردي، والذي حكاه غيره أن ذلك فيما إذا كان من ذوات القيم، أما إذا كان من ذوات الأمثال فالواجب المثل.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦) في البيوع، باب: في تضمين العارية (٣٥٦١)، والترمذي (٣/ ٥٦٦)، في البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة (١٢٦٦)، وقال: حسن صحيح، وابن ماجه (٢/ ٨٠٢)، في الصدقات، باب: العارية (٢٤٠٠)، وأحمد في المسند (٥/ ٨)، والدارمي في السنن (٢/ ٢٦٤)، في البيوع، باب: في العارية مؤداة، والحاكم في المستدرك (٢/ ٤٧)، في البيوع، باب: لا يجوز لامرأة في مالها، وقال: صحيح الإسناد على شرط البخاري، وأقره الذهبي، وأخرجه البيهقي (٦/ ٩٠) في العارية، باب: العارية مضمونة (٩٥١) (٨/ ٢٧٦)، والطبراني في الكبير (٧/ ٢٥٢)، وابن أبي شيبة (٦/ ١٤٦)، وابن الجارود في المنتقى (١٠٢٤)، وقال الحاكم: صحيح على شرط البخاري ونازعه ابن دقيق العيد، ورده ابن حزم بأن قال: الحسن لم يسمع من سمرة وهو أحد مذاهب ثلاثة فيه ورأى البخاري وجماعة أنه سمع منه مطلقًا، وقال ابن حجر في تلخيص الحبير (٣/ ٥٣): سماع الحسن من سمرة مختلف فيه.

(٢) سقط في د. (٣) في د: البيع

قال: **فإن**[١] **حدثت**[٢] **فيها**[٣] **زيادة كالسمن وغيره** - أي: مثل تعلُّم[٤] صنعة - **ضمنها**؛ لأنها حدثت على ملك البائع وفاتت تحت يده فضمنها كالعين.

ومراد الشيخ بهذه المسألة ما إذا كانت العين باقية وردها بعد زوال الزيادة كما صرح به أبو الطيب وابن الصباغ في كتاب الغصب.

قال: **وقيل لا يضمن القيمة إلا من حين القبض**؛ لأنها التي دخل على أن يضمنها، **ولا يضمن الزيادة** - أي: الحادثة في يده من سمن وغيره؛ لعدم إلزامه ذلك بالعقد فأشبه المستعير، وهذا القول حكاه المراوزة ولم أره في شيء من كتب العراقيين إلا في «الحاوي» في كتاب الغصب، فإنه ذكره في موضعين منه، والمذكور في غير «الحاوي» بدله أنه لا يضمن القيمة إلا من حين التلف، ولا يضمن الزيادة كما حكاه الإمام عن العراقيين وهو الموجود في النسخ العتق، ويوجبه ابن الخل ونسبه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ في كتاب الغصب إلى ابن أبي هريرة.

وحكى البندنيجي عِوَضَهُ في كتاب الغصب: أن المشتري لا يضمن الزيادة وإذا تلفت العين بزيادتها كان عليه قيمتها أكثر ما كانت[٥] من حين القبض إلى حين التلف بعد حذف ما زاد في قيمتها لأجل السمن، ولم أره في [غير][٦] تعليقه.

وبه يتحصل[٧] في المسألة أربعة أقاويل، وكلها - ما عدا الرابع - يجري كما حكاه الإمام في كل ضامن غير متعد ولا متصرف في غصب، فإذا ضمن المستام قيمة ما تلف تحت يده؛ فالقول في القيمة المعتبرة كما ذكرناه.

ولا يضمن إلا ما [قصد شراءه][٨] حتى لو قبض العين ليشتري نصفها لم يضمن إلا بدل نصفها، كما صرح به المتولي قبل الفصل الخامس في كيفية القبض.

قال: **والمذهب الأول لأنها عين تضمن أجزاؤها المستحقة بالاستعمال**؛ فأشبهت العين المغصوبة وبهذا فارق المستعير؛ فإنه لا يضمن الأجزاء المستحقة بالاستعمال على الصحيح، وما قيل من أنه دخل على أنه لا يضمن الزيادة - يبطل باستحقاق

---

(١) في التنبيه: وإن. (٢) في د: حدث. (٣) في التنبيه: فيه.
(٤) في د: أن يعلم. (٥) في جـ: كاتب. (٦) سقط في د.
(٧) في د: يحصل. (٨) في جـ: يضمنه إلا ما قد شراه.

الأجرة، مع أنه دخل على أنه لا يضمنها.

قال: وإن كان لمثله أجرة لزمه أجرة المثل؛ لأن العين مضمونة عليه؛ لثبوت يده عليها، لا بحق منفعتها.

قال الرافعي وغيره: ولا فرق في ذلك بين أن ينتفع به أو تفوت المنفعة تحت يده.

وقال القاضي الحسين في كتاب الغصب: وكذا الإمام، هذا إذا قلنا: إنه يضمن ضمان المغصوب(١).

أما إذا قلنا: بغيره فلا يضمنها إلا إذا استوفاها، وعلى هذا الخلاف يخرج ضمان الولد المنفصل وطرد الخلاف المذكور في ضمان المستام أجرة المدة التي فاتت المنافع فيها تحت يده. والولد الحادث في يده، وما قالاه موافق لما قاله الغزالي في منافع الصداق إذا فاتت(٢) تحت يد الزوج، وقلنا: إنه مضمون ضمان يد [أنه](٣) لا يضمن بدلها إلا أن يستوفيها.

فرع: لو أنفق على المبيع مدة لم يرجع على البائع إن كان عالمًا بالفساد(٤) وإن كان جاهلاً فوجهان.

فائدة:

إن كان لمثله أجرة وأوجبناها مع أكثر الأمرين من القيمة، فهل يندرج ما يقابل الأجزاء المستحقة بالاستعمال في الأجرة أم لا؟ فيه خلاف يأتي مشروحًا في نظر المسألة من كتاب الغصب إن شاء الله تعالى.

قال: وإن كانت - أي: العين المبيعة - جارية فوطئها؛ لزمه المهر لاستمتاعه بملك الغير مع قيام الشبهة، وهذا إذا كانت الأمة جاهلة بفساد البيع، أما لو كانت عالمة فذلك ينبني عليه(٥) أنه لو كان عالمًا بفساد البيع، هل يجب عليه الحد؟

والمشهور أنه لا يجب فيما إذا كان الفساد بالشرط، كما هو مسألة الكتاب؛ لأن أبا حنيفة يرى أن الملك ينتقل إليه كما قدمنا حكايته، فيكون ذلك شبهة في درء الحد، كما في النكاح بلا ولي، ونكاح المتعة، ويجيء فيه وجه الصيرفي.

وقال الإمام: يجوز أن يقال: يجب الحد؛ لأن أبا حنيفة لا يبيح الوطء، وإن كان

(١) في د: الغصوب. (٢) في د: كانت. (٣) سقط في د.
(٤) في جـ، د: بفساد البيع. (٥) في د: على.

يثبت الملك بخلاف الوطء في النكاح بلا ولي، فإن المخالف فيه يبيح الوطء.

فإن قلنا بالمشهور وجب المهر أيضًا.

وإن قلنا بما أبداه الإمام فقد قال: يكون بمثابة الجارية المغصوبة إذا وطئت من غير استكراه، وسيأتي الكلام فيها.

ولو كان سبب فساد البيع لكونه عقدًا على ميتة أو دم، فمن علم من الجارية أو المشتري بفساد البيع وجب عليه الحد؛ لأن أبا حنيفة لم يخالف في ذلك، ثم المهر الواجب مهر ثيب إذا كانت ثيبًا، ومهر بكر إن كانت بكرًا.

فإن قيل: كيف يجب المهر وقد أذن في الوطء بالبيع؟

قيل: الوطء لا يباح بالإذن - بل بالملك - ولا ملك؛ ولأن الوطء ليس معقودًا عليه؛ بدليل أنه يملك بالابتياع من لا يحل له وطؤها.

قال: وأرش البكارة إن كانت بكرًا؛ لأنه أتلف ذلك الجزء، [و](١) وجوب مهر البكر؛ لأنه(٢) استمتع ببكر، فالأرش في مقابلة إزالة عين، والمهر في مقابلة استيفاء منفعة، فلما اختلف سببهما لم يمتنع(٣) وجوبهما.

وفي الرافعي في باب الرد بالعيب، وابن يونس في كتاب الديات حكاية وجه: أنه يجب مهر بكر، ويدخل فيه أرش البكارة.

وصححه الرافعي، وإن كان قد جزم هاهنا بما ذكرناه أولاً، كما رجحه ابن عصرون.

وقيل: يجب عليه مهر ثيب وأرش البكارة.

قال: فإن(٤) **أولدها فالولد حر** للشبهة ولا ولاء عليه، فإنه لم يمسه رق ولم ينله عتق.

قال: ويلزمه قيمته؛ لأنه أحال بينه وبين ملكه. قال: **يوم الولادة**؛ لأنه وقت الحيلولة، ولا يمكن تقويمه قبل ذلك. [و](٥) قال الرافعي: وتستقر عليه القيمة بخلاف ما لو اشترى جارية واستولدها فخرجت مستحقة بغرم قيمة الولد ويرجع على البائع؛ لأنه غرَّه ثم.

---

(١) سقط في د.
(٢) في ج: لكونه.
(٣) في د: يمنع.
(٤) في التنبيه: وإن.
(٥) سقط في د.

وفي «النهاية»: أن البائع إن كان عالمًا بفساد العقد فهو في صورة الغار، والغار يغرم للمغرور قيمة الولد إذا غرمها، فلا معنى لإثبات قيمة الولد له، فإنه لو غرمه لرجع على من [غره](١)، والمغروم له في هذا التقدير هو الغار بعينه، وإن كان البائع لا يدري فساد العقد؛ ففي المسألة احتمال ظاهر من حيث إنه لم يعتمد تغرير أجنبي ينتقل ذلك سببًا لانقلاب الضمان عليه، [وقد رمز المحققون إلى هذا التردد](٢).

وفي «تعليق» القاضي الحسين إبداء ما ذكره الإمام أولى - وطرده في المهر أيضًا إذا قلنا: إن المغرور يرجع به على الغار، ثم قال: ويمكن أن يفرق بين ما نحن فيه وبين المغرور بأن هناك الغاصب غره بسلامة الأولاد، فلأجل غروره قلنا: له أن يرجع عليه، وهاهنا البائع ما غره بل هو غر نفسه؛ إذ كان يمكنه الوقوف والاطلاع عليه بخلاف ذلك.

قال: **وإن وضعته ميتًا** - أي: من غير جناية جان - **لم تلزمه قيمته**؛ لانتفاء الحيلولة بعد الانفصال وانتفاء إمكان التقويم قبله؛ لأنا(٣) نشك في حياته فلا توجب قيمته بالشك مع كونه ليس بمفوت روحه، بخلاف الجاني على البطن الذي تصير جنايته سببًا لتفويت الروح، أو منعها من الانسلال؛ فإن ظاهر الحال يقتضي أن ذلك حصل بضربه وجنايته، وهذا مما ادعى الإمام فيه نفي الخلاف، وأجراه في الضمان الذي يتعلق بمحالِّ الغرور.

وقال فيما لو غصب جارية فعلقت بمولود من سفاح وانفصل الولد ميتًا فالمذهب أنه لا ضمان أيضًا، وفيه شيء بعيد، [وكذلك ولد](٤) الصيد في حق المحرم.

وفي المذهب في كتاب الغصب في الصورة الأولى: أن الشافعي قال: عليه ضمان قيمته يوم وضعته(٥) ميتًا، وقال أبو إسحاق: لا تجب قيمته.

والفرق على الأول بينه وبين ما لو كان جاهلاً بالتحريم فإنه لا يضمن وجهًا واحدًا.

ما حكاه العمراني عن المحاملي أن الولد في صورة الجهل ينعقد حرًّا، والحر لا تثبت عليه اليد فلا يضمن بها، وإنما يضمن بالحيلولة ولم تحصل، وفي صورة العلم

---

(١) في جـ: عره.
(٢) سقط في د.
(٣) زاد في د: ولأنا.
(٤) في د: كذا.
(٥) في د: وضعه.

الولد ينعقد رقيقًا، وقد تثبت يد الغاصب عليه حال كونه حملاً، فإذا تلف لزمه ضمانه.

وهذا الفرق بعينه يجيء هاهنا، أما إذا ألقته ميتًا بجناية جان وجبت الغرة على عاقلة الجاني، وعلى المشتري أقل الأمرين من قيمة الولد يوم الولادة لو كان حيًّا والغرة، ويطالب به المالك من شاء من الجاني والمشتري.

وفي مجموع المحاملي: أن المشتري لا شيء عليه؛ لأن المشتري لم يخرج حيًّا، فلم تحصل الحيلولة [والمشهور أنه](١) يكون للسيد أقل الأمرين - كما ذكرناه - وهذا ما اقتصر الأئمة على ذكره هاهنا، وقالوا في نكاح الغرور: إن الأمة المغرور بنكاحها إذا أتت بولد ميت فهو حر، ولا قيمة على المغرور، فلو ألقته بجناية جان وجب على الجاني غره.

وفيما يجب على المغرور وجهان، اختيار القاضي منهما: أنه يغرم عشر قيمة الأم؛ لأنه يغرم للسيد ما فوته عليه، ولولا ما حصل [للمشتري](٢) من تفويت رقه بالحرية؛ لم يكن للسيد إلا عشر قيمة الأم، فرجع به على المغرور.

والوجه الثاني: قال الإمام -وهو المشهور وعليه جمهور الأصحاب-: أنه يغرم أقل الأمرين من قيمة الغرة وعشر قيمة الأم، فإن كان عشر قيمة الأم أقل غرمه؛ لأنه واجب الجنين الرقيق.وإن كانت الغرة أقل لم يلزم المغرور إلا قيمة الغرة؛ لأن سبب تغريم المغرور ما وجب له على الجاني من الغرة؛ إذ لو انفصل ميتًا من غير جناية فلا ضمان.

قال الإمام: وهذا ليس على وجهه، فإنا إذا اخترنا الوجه الأول فتعويلنا فيه أنه جرى في الجنين حالة، لولا الغرور لكان يسلم للمولى عشر قيمة الأم، فقد صار المغرور سببًا في تفويت ذلك. ثم إذا قلنا: يغرم المغرور للسيد أقل الأمرين؛ فإنه لا يغرم له ما لم يسلم له الغرة، وإن سلكنا المسلك الآخر غرمنا المغرور عشر قيمة الأم في الحال، ولم ننتظر حصول الغرة له، فعلى هذا لو كان للجنين وارث سوى الأب ولا يتصور معه إلا أم الأم، فإذا للجدة السدس والباقي(٣) للأب، فإن أوجبنا على المغرور الأقل فنعتبر الأقل من عشر قيمة الأم وخمسة أسداس [من](٤) الغرة،

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: والثاني.
(٤) سقط في د.

فإن السدس الذي للجدة غير محسوب على الأب.

وحكى[١] في كتاب الغصب عن القاضي: أن الواطئ لو مات وخلف أبا فضرب ضارب بعد موته الجارية، فأجهضت الجنين ميتًا فالغرة مصروفة إلى الجد، ويجب عليه ضمان الجنين للمالك ما كان يجب على الأب لو كان حيًّا.

ثم قال القاضي: لو كان مع الأب جدة وارثة للسدس من الغرة ينظر إلى خمسة أسداس الغرة وإلى عشر قيمة الأم، ويجعل كأن السدس المصروف إلى الجدة غير ثابت.

قال الإمام: ولا شك أن إخراج السدس عن الاعتبار يقتضي قياسه إخراج الجد عن الضمان ويفوز بالغرة إرثًا.

وإذا رأينا [أنه لا ضمان][٢] فيحتمل أن يحيط الضمان أو يعلقه بتركة الغاصب، والظاهر إتباع الضمان الغرة فطرده في السدس المصروف إلى الجدة أيضًا، هذا آخر كلامه، ولا يخفى عليك مناقضة ما حكاه عن القاضي ثانيًا لما حكاه عنه أولاً.

وعلى كل حال فيتجه جريان مثل ذلك في مسألتنا.

ويعضده أن المحاملي [في المجموع][٣] قال: إن حكم الغاصب إذا وطئ الجارية المغصوبة حكم ما ذكرناه سواء إلا في مسألتين:

أحدهما[٤] : أن الغاصب إذا وطئ مع العلم بالتحريم فعليه الحد وولده مملوك، وليس كذلك هنا، ويضاف إلى ذلك مسألة أخرى، وهي إذا ملكها بعد ذلك لم تصر أم ولد في الغصب، وهنا قولان.

قال: وإن ماتت الأمة من الولادة - أي: في يد البائع بعد تسلمها - لزمه قيمتها؛ لأنه المتسبب إلى الحمل المفضي إلى الطلق، لكن هل يجب ذلك في ماله أو على عاقلته؟ فيه قولان يأتيان في الجنايات، وأي قيمة تعتبر؟

حكى الإمام عن العراقيين فيما يلزم الراهن إذا ماتت الأمة المرهونة بسبب إحباله ثلاثة أوجه:

أحدها: أقصى القيم من يوم الإحبال إلى يوم الموت كالغاصب.

---

(١) في د: وحكاه.
(٢) في جـ: أن لا ضمان، ود: أن الضمان.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: إحداهما.

والثاني: يوم الإحبال.

والثالث - وهو اختيار ابن أبي هريرة-: أنه يجب قيمة يوم الوضع، فإن التلف تحقق يومئذ، وما تقدم غير موثوق به.

قلت: ويتجه أن يجيء منها هاهنا الوجه الأول والأخير، وأما الوجه الآخر وهو اعتبار قيمة يوم الإحبال [فيحتمل أن تجيء أيضًا، ويحتمل أن يكون عوضه أنه يجب أقصى القيمة من يوم الإحبال](1) إلى يوم الرد، والله تعالى أعلم.

فإن قيل: لو علقت الحرة من وطء شبهة ثم ماتت من الطلق لم يجب عليه ديتها. فهلا قلتم هنا مثله؟

قال المحاملي: قلنا: لنا في تلك المسألة قولان:

أحدهما: أن الدية تجب، فعلى هذا سقط السؤال.

والثاني: لا تجب.

والفرق أن ضمان الأمة أوسع من ضمان الحرة؛ ألا تراها تضمن باليد والحرة لا تضمن باليد، والذي رجحه الإمام [في كتاب الرهن الأول.

ويجري القولان في الحرة فيما إذا وطئت بالزنا مستكرهة، على ما حكاه الإمام](2) هاهنا، وكذلك ابن الصباغ، والقاضي أبو الطيب، وأضافوا إلى الفرق الأول أنه غير محكوم بأنه منه وغير ملحق به فلا ينسب التلف إليه، ولأجل هذا جزم في «النهاية» في كتاب الرهن بعدم وجوب الضمان، وعزاه إلى الأصحاب وطرده في الأمة وإن قدرت مضبوطة.

فروع:

نختم بها الباب: فيما إذا اشترى أمة شراء فاسدًا فوطئها فحملت منه-: ولو لم تمُت من الولادة ولكن نقصت قيمتها.

قال الأصحاب: يجب عليه الأرش.

وفي «النهاية» في كتاب الصداق: أنه لو أصدق زوجته جارية حاملًا وولدت في يد الزوجة وانتقصت(3) قيمتها بالولادة - أنه يجب بناء هذا على أن المبيع إذا خرج في يد البائع ثم سرت الجراحة في يد المشتري، وقد ظهر اختلاف الأصحاب في ذلك؛

(١) سقط في جـ. (٢) سقط في د. (٣) في د: نقصت.

فمنهم من جعل السراية من ضمان البائع؛ لأن سببها الجراحة فعلى هذا نقصان الولادة من ضمان الزوج، وإن حدث في يدها.

ومن أصحابنا من قال: نقصان السراية من ضمان المشتري؛ لأنه حدث في يده فعلى هذا نقصان الولادة من ضمانها.

قلت: و [قد][١] يتجه أن يجري مثل ذلك هاهنا، وفيما إذا ماتت من الطلق، وما يتخيل بينهما من فرق فهو مندفع بما حكاه العمراني عن الطبري فيما إذا وطئ الغاصب الجارية المغصوبة فحملت منه ثم ردها وماتت من الولادة - أن في ضمانه لها وجهين، وغاية الأمر هنا أن تلحق بالغاصب[٢].

لو حصلت زوائد من المبيع منفصلة في يده فضمانها مبني على الأقوال في كيفية الضمان، فإن قلنا بالمذهب ضمنها، وإلا فلا.

لو قال: بعتك بلا ثمن لا ينعقد بيعًا، وهل ينعقد هبة؟ فيه قولان: يرجع حاصلها

(١) سقط في د.

(٢) قوله - فيما إذا اشترى أمة شراء فاسدًا، فوطئها فحملت منه-: ولو لم تَمُتْ من الولادة، ولكن نقصت قيمتها - قال الأصحاب: يجب عليه الأرش.

وفي «النهاية» في كتاب الصداق أنه لو أصدق زوجته جارية حاملًا، وولدت في يد الزوجة، وانتقصت قيمتها بالولادة - أنه يجب بناءُ هذا على المبيع إذا جرح في يد البائع، ثم سرت الجراحة في يد المشتري، وقد ظهر اختلاف الأصحاب في ذلك: فمنهم من جعل السراية من ضمان البيع؛ لأن سببها الجراحة؛ فعلى هذا نقصان الولادة من ضمان الزوج وإن حدث في يدها.

ومن أصحابنا من قال: نقصان السراية من ضمان المشتري؛ لأنه حدث في يده؛ فعلى هذا نقصان الولادة من ضمانها.

قلت: وقد يتجه أن يجري مثل ذلك هاهنا، وفيما إذا ماتت من الطلق، وما يتخيل بينهما من فرق فهو مندفع بما حكاه العمراني عن الطبري فيما إذا وطئ الغاصب الجارية المغصوبة، فحملت منه، ثم ردها وماتت من الولادة - أن في ضمانه لها وجهين، وغاية الأمر هنا أن يلحق بالغاصب. انتهى كلامه.

وهذا البحث الذي ذكره - رحمه الله - لا يستقيم، وقد نبه هو عليه في حاشية الكتاب فقال ما نصه: هذا الإلزام غير صحيح؛ لأن محل القولين في الغاصب إذا كان الولد لا يلحقه، والولد فيما نحن فيه لاحق به؛ فالتلف جاء من ولد نسب إليه، بخلاف ولد المغصوبة. نعم، أبو عبد الله القطان حكى فيما إذا وطئ الغاصب الجارية المغصوبة عن جهل، وعلقت منه، وماتت في يد السيد من الولادة - في ضمانها قولين، فليأتيا في مسألة الكتاب، وقد يقال: بل الإلزام صحيح من جهة أن الولد وإن لم ينسب إلى الغاصب لكنه حصل العلوق به، وهي في يده وضمانه، فهل ينظر إلى حالة وجود العلوق الذي هو السبب، أو إلى حالة الوضع؟ فيه هذا الاختلاف. هذا كلامه بحروفه. [أ و].

إلى أن الاعتبار باللفظ أو بالمعنى، فإن راعينا الأول أبطلنا، والأصح: هبة، ولهذا نظائر تأتي في مواضعها إن شاء الله تعالى.

فإن قلنا: لا ينعقد هبة، ففي ضمان العين وجهان، ولو قال: بعتك ولم يذكر ثمنًا لم ينعقد بيعًا ولا هبة، ويضمن العين، وقيل بطرد الوجهين، صرح به الإمام.

لو كان لرجل نصف دار فباعها بنصفها الآخر، هل يصح؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يصح؛ إذ لا فائدة فيه، وهذا ما صححه الإمام في كتاب الصلح، ولم يحك سواه.

والثاني: وهو الصحيح في الرافعي: أنه يصح؛ لاجتماع الشرائط المرعية في العقد.

وله فوائد؛ منها: لو ملك أحدهما ذلك بالهبة من ابنه انقطع عنه ولاية الرجوع.

ومنها: لو ملكه بالشراء ثم اطلع بعد هذا التصرف على عيب لم يملك الرد على بائعه.

ومنها: لو ملكته صداقًا وطلقها الزوج قبل الدخول لم يمكن من الرجوع فيه، ولو باع الثلث من الدار بنصفها، حكى الإمام عن صاحب «التقريب» في الموضوع الذي ذكرناه - الصحة ثم قال: وهذا عندي كلام ملتبس لا أصل له، والوجه القطع بالفساد.



باب الربا

«الربا» مقصور، وهو من: ربا يربو، فيكتب بالألف، وقد كتبت في المصحف بالواو، فأنت مخير إذن[1] في كَتْبِهِ بالألف، والواو، والياء، قال أهل اللغة: «والرَّماء بالميم والمد: الربا، والرُّبية - بالضم والتخفيف-: لغة في «الربا»، وأصل «الربا» في اللغة: الزيادة، قال تعالى: ﴿فَإِذَآ أَنزَلْنَا عَلَيْهَا ٱلْمَآءَ ٱهْتَزَّتْ وَرَبَتْ﴾ [الحج: ٥] أي: زادت ونمت. وقال تعالى: ﴿يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ وَيُرْبِي ٱلصَّدَقَٰتِ﴾ [البقرة: ٢٧٦] أي: يضاعف ما يريد منها؛ ومنه قولهم: ربا الشيء: إذا زاد، ومنه قولهم: أربى فلان على فلان: إذا زاد عليه، وقولهم للمرتفع من الأرض: ربوة؛ لزيادته على ما جاوره.

وهو في الشرع: الزيادة في الذهب، والفضة، وسائر المطعومات[2].

وينقسم إلى ثلاثة أنواع:

ربا الفضل: وهو زيادة أحد العوضين على الآخر في القدر إذا كانا من جنس واحد.

ربا النسيئة[3]: وهو أن يبيع مالًا بمالٍ نسيئة، سواء كان من جنسه أو من [جنس

---

(١) قوله: الربا مقصور، وهو من: ربا يربو، فيكتب بالألف، وقد كتب في المصحف بالواو؛ فأنت مخير إذن في كتبه بالألف والواو والياء. انتهى لفظه بحروفه.
وهذا الكلام الذي ذكره ظاهر الاختلاف؛ فإن قوله: فأنت مخير إذن... إلى آخره، يقتضي أن ما ذكره قبل ذلك يكون علة لجواز الأوجه الثلاثة، وهو لم يذكر إلا علة كتابته بالألف والواو، فالأول: انقلابها عن الواو، والثاني: اتباع رسم المصحف، وأما كتابته بالياء فلم يذكر له علة، وقد ذكرها النووي في «لغات التنبيه» وغيره، وهي إمالة هذه الألف عند بعضهم؛ لتقدم الكسرة عليها، ولا شك أن المصنف أراد نقل ما في «اللغات» فترك بعضه نسيانًا، وقد استوفاه في شرح الوسيط. [أ و].

(٢) قوله: وهو في الشرع: الزيادة في الذهب والفضة وسائر المطعومات. انتهى.
وهذا الحد فاسد؛ فإن الزيادة من حيث هي لا دلالة فيها على الربا الشرعي بالكلية، وأيضًا: لكان ينبغي إذا ذكر هذا أن يزيد «النقد» فيقول: هو الزيادة في بيع النقد والمطعوم بمثلهما. [أ و].

(٣) في جـ: النسيء.

غيره][1] - على ما سنذكره من بعد - وسُمِّي به لاختصاص أحد العوضين بزيادة الحلول.

والثالث: ربا اليد، وهو أن يقبض أحد العوضين دون الآخر.

وزاد في «التتمة» رابعًا: وهو ربا القرض، وبشرط جرِّ منفعة، قال ابن عمر: «كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً، فَهُوَ وَجْهٌ مِنْ وُجُوهِ الرِّبَا»[2].

والأصل في تحريمه - قبل الإجماع - من الكتاب آيات:

منها: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ﴾ [البقرة: ٢٧٨] وهي آخر آية نزلت في القرآن.

ومن السنة أخبار منها: ما روى الترمذي عن ابن مسعود أنه قال: «لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ آكِلَ الرِّبَا وَمُوكِلَهُ وَشَاهِدَهُ وَكَاتِبَهُ»[3].

وروى مسلم عن جابر نحوه، وزاد: وقال: «هُمْ سَوَاءٌ»[4].

وروى عن النبي ﷺ أنه عدَّ من الكبائر أكل الربا[5].

وقد قيل: إن الله تعالى ما أحلّ الربا [ولا الزنى][6] في شريعة قط، وهو معنى قوله

(١) في د: غير جنسه.

(٢) ذكره الحافظ ابن حجر في المطالب العالية (١/ ٤١١) رقم (١٣٧٣)، وعزاه للحارث بن أبي أسامة عن علي بن أبي طالب مرفوعًا.

(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٦٤) كتاب البيوع: باب في آكل الربا وموكله حديث (٣٣٣٣) والترمذي (٣/ ٥١٢) كتاب البيوع: باب ما جاء في أكل الربا حديث (١٢٠٦) وابن ماجه (٢/ ٧٦٤) كتاب التجارات: باب التغليظ في الربا حديث (٢٢٧٧) وأحمد (١/ ٣٩٣، ٣٩٤، ٤٠٢، ٤٥٣) والطيالسي (١/ ٢٦٨ منحة) رقم (١٣٥١) وأبو يعلى (٨/ ٣٩٦) رقم (٤٩٨١) وابن حبان (١١٢ - موارد) وأبو نعيم في «الحلية» (٩/ ٦١) والبيهقي (٥/ ٢٧٥) كتاب البيوع: باب ما جاء في التشديد في تحريم الربا من طريق عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه مرفوعاً.
وقال الترمذي: حسن صحيح، وصححه ابن حبان. وصححه النووي في «المجموع» (٩/ ٤٨٧).

(٤) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١٩) كتاب المساقاة: باب لعن آكل الربا ومؤكله (١٠٦/ ١٥٩٨)، وأحمد (٣/ ٣٠٤).

(٥) يشير إلى حديث أبي هريرة، أخرجه البخاري (٥/ ٤٦٢)، كتاب الوصايا، باب: قول الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ...﴾ [النساء: ١٠] (٢٧٦٦)، وفي (١٠/ ٢٤٣)، كتاب الطب، باب: الشرك والسحر من الموبقات (٥٧٦٤)، وفي (١٢/ ١٨٨)، كتاب الحدود، باب: رمي المحصنات (٦٨٥٧).

(٦) سقط في د.

تعالى: ﴿وَأَخۡذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدۡ نُهُواْ عَنۡهُ﴾ [النساء: ١٦١] يعني: في الكتب السالفة.

وقد اختلف أصحابنا فيما جاء به الكتاب من تحريم الربا: هل هو مجمَل فسّرته السُّنَّة؟ أو يتناول معهود الجاهلية من ربا النسيئة وطلب الفضل بزيادة الأجل؟ على وجهين، والأخير اختيار أبي حامد المروروزي.

قال: «**ولا يحرم الربا إلاَّ في الذهب والفضة والمأكول والمشروب**».

أمَّا التحريم في هذه الأشياء فالأصل فيه ما روى الشافعي بإسناده عن مسلم بن يسار ورجل آخر عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال: «لا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، وَلاَ الوَرِقَ بالوَرِقِ، وَلاَ البُرَّ بِالبُرِّ، وَلاَ الشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ، وَلاَ التَّمْرَ بالتَّمر، وَلاَ المِلْحَ بِالمِلْحِ، إلاَّ سَواءً بِسَوَاءٍ، عَيْنًا بِعَين، يَدًا بِيَدٍ، وَلَكن بِيعُوا الذَّهَبَ بِالْوَرِقِ، وَالوَرِقَ بِالذَّهَبِ، وَالبُرَّ بِالشَّعِيرِ، وَالشَّعِيرَ بِالبُرِّ، وَالتَّمْرَ بِالْمِلْحِ، وَالْمِلْحَ بِالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ»(١).

قال: ونقص أحدهما: «التمر» أو «الملح»، وزاد الآخر: «فَمَنْ زَادَ، أَوِ اسْتَزَادَ فَقَدْ أَرْبَى» [انتهى](٢)؛ فثبت التحريم في هذه الستة بالنص، وقسنا ما عدا الأربعة من المطعومات والمشروبات عليها؛ لما اشتركوا فيه من الطعم؛ إذ هو العلة فيها على ما سنذكره.

وصار القاضي أبو الطيب في تعليقه إلى أن عموم الألف واللام في قوله - عليه السلام-: «لاَ تَبِيعُوا الطَّعَامَ بِالطَّعَامِ إلاَّ مِثْلًا بِمِثْلٍ»(٣) متعينٍ(٤) القياس؛ لأنه عمم الحكم في كل مطعوم لفظًا. واختاره الإمام في الأساليب.

وأمَّا عدم تحريم الربا فيما عدا ذلك فهو ثابت فيما إذا اختلف الجنس بإجماع الأئمة - كما حكاه المحاملي - وإذا اتحد الجنس فقد قال أبو حنيفة بتحريم النَّساء من أي جنس كان.

ودليلنا عليه: ما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: أمرني رسول الله ﷺ أن أجهز جيشًا وليس عندنا ظهر، فابتعت البعير بالبعيرين وبالأبعرة بأمر رسول الله ﷺ

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١٠) كتاب المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالوَرِق نقدًا، حديث (٨٠/ ١٥٨٧).

(٢) سقط في د.

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١٤) كتاب المساقاة، باب: بيع الطعام مثلا بمثل، حديث (٩٣/ ١٥٩٢).

(٤) في د: محبر.

إلى خروج المُصَدِّقِ»[(١)] خرَّج أبو داود معناه.

وروى أن عليَّ بن أبي طالب باع جملًا يُدعى «عصيفرًا»[(٢)] بعشرين بعيرًا إلى أجل[(٣)]. ولم يعرف لهما مخالف؛ فكان إجماعًا.

وأما من جهة القياس؛ فلأنهما عوضان، لا يحرم التفاضل في كل واحد منهما؛ فلا يحرم فيهما النَّساء[(٤)]؛ كما لو باع ثوبًا من قطن بثوب من إبريسم، أو ثوبًا هرويًّا بثوب مروي إلى أجل.

ثم الرجل الآخر الذي روى عنه الشافعي، قال بعض الشارحين: «هو عبد الله بن

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٦٥٢، ٦٥٣) كتاب البيوع، باب: في الرخصة في بيع الحيوان بالحيوان، حديث (٣٣٥٧)، وأحمد (٢/ ١٧١، ٢١٦)، والدارقطني (٣/ ٧٠) كتاب البيوع، حديث (٢٦٣)، والحاكم (٢/ ٥٦، ٥٧) كتاب البيوع، والبيهقي (٥/ ٢٨٧) كتاب البيوع، باب: بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه، من حديث عبد الله بن عمرو به.
وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم. ووافقه الذهبي.
وقد ضعف ابن القطان هذا الحديث، فقال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٤٧): قال ابن القطان في كتابه: وهذا حديث ضعيف مضطرب الإسناد، فرواه حماد بن سلمة عن أبي إسحاق عن يزيد بن أبي حبيب عن مسلم بن جبير عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش عن ابن عمرو، هكذا أورده أبو داود، ورواه جرير بن حازم عن ابن إسحاق، فأسقط يزيد بن أبي حبيب، وقدم أبا سفيان على مسلم بن جبير فقال فيه: ابن إسحاق عن أبي سفيان عن مسلم بن جبير عن عمرو بن حريش، ذكر هذه الرواية الدارقطني، ورواه عفان عن حماد بن سلمة، فقال فيه: عن ابن إسحاق عن يزيد بن أبي حبيب عن مسلم ابن أبي سفيان عن عمرو بن حريش: ورواه عبد الأعلى عن ابن إسحاق عن أبي سفيان عن مسلم بن كثير عن عمرو بن الحريش، فذكره، ورواه عن عبد الأعلى بن أبي شيبة، فأسقط يزيد بن أبي حبيب، وقدم أبا سفيان، كما فعل جرير بن حازم، إلا أنه قال في مسلم بن جبير: مسلم بن كثير، ومع هذا الاضطراب فعمرو بن حريش مجهول الحال، ومسلم بن جبير لم أجد له ذكرًا، ولا أعلمه في غير هذا الإسناد، وكذلك مسلم مجهول الحال أيضًا إذا كان عن أبي سفيان، وأبو سفيان فيه نظر.
لكن للحديث طريق آخر:
أخرجه الدارقطني (٣/ ٦٩) كتاب البيوع رقم (٢٦١)، والبيهقي (٥/ ٢٨٧، ٢٨٨) كتاب البيوع، باب: بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه، من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا.
وهذا الطريق صححه البيهقي.

(٢) في د: عصيفيرًا.

(٣) أخرجه مالك (٢/ ٦٥٢) كتاب البيوع: باب ما يجوز من بيع الحيوان (٥٩)، وعنه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٢٢) وإسناده منقطع.

(٤) في جـ: النسيء.

عبيد الله بن هرمز».

وفي «الحاوي» أنه الأشعث الصنعَانِيّ، وقد اختلف في قوله: «فمن زاد أو استزاد» على وجهين:

أحدهما: أن هذا شكٌ [آخرُ][(١)] من الشافعي.

والثاني: أن النبي ﷺ تلفظ بهما جميعًا، وأراد بقوله: «زاد»: أعطى الزيادة، و[بقوله][(٢)]: «استزاد»: أخذ الزيادة [أو طلبها][(٣)].

قال: «**فأمَّا الذهب والفضة فإنه يحرم فيهما الربا لعلة**[(٤)] **واحدة وهي أنهما قيم الأشياء**» أراد الشيخ بذلك التنبيه على مذهب أبي حنيفة وأحمد؛ فإن عندهما العلة فيهما كونهما موزونين من جنس واحد، فعدياها إلى الرصاص، والنحاس، والحديد، والقطن، والصوف، والكتان، وجميع ما يوزن في العادة.

ووجه ما ذكرناه: أن الذهب والفضة يجوز إسلامهما[(٥)] في جميع الموزونات، فلو كانت العلة فيهما وفي سائر الموزونات واحدة لم يجز إسلامهما في ذلك؛ لأن كل شيئين جمعتهما علة واحدة في الربا لا يجوز إسلام أحدهما في الآخر [كإسلام][(٦)] الذهب[(٧)] [في الفضة][(٨)] والعكس؛ والبر في الشعير والعكس؛ فدلّ على أن غيرهما لم يشاركهما في العلة.

واعلم أن القاضي أبا الطيب [اعترض على من][(٩)] جعل العلة في الذهب والفضة كونهما قيم الأشياء وقيم المتلفات، بأن غير المضروب من الذهب والفضة ليس بقيمة للأشياء، ولا ثمنًا لها، والربا يجري فيهما، والعبارة الصحيحة: كونهما جنس الأثمان غالبًا، وكأنه أراد بقوله: «غالبًا» الاحتراز عن الفلوس إذا راجت؛ فإنه لا ربا فيها عند العراقيين[(١٠)]، وقد أجرى الغزالي فيها وجهًا.

قال: «**وأمَّا المأكول والمشروب فإنه يحرم فيهما الربا لعلة واحدة، وهو أنَّه مطعوم**»، والدليل عليه: ما روى معمر بن عبد الله: «أن النبي ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ إِلاَّ مثلًا بمثلٍ»[(١١)]، فعلق المنع على الطعام، وهو اسم مشتق، وتعليق الحكم

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: بعلة.
(٥) في جـ: إسلافهما.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: كالذهب.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في د: أعرض عن من.
(١٠) في د: المبيع.
(١١) تقدم تخريجه.

على الاسم المشتق يدلُّ على التعليل [بما فيه من الاشتقاق][(١)] كقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ﴾ [النور: ٢] ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ﴾ [المائدة: ٣٨] ﴿إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦] فإنه يدل على تعليل الجلد بالزنى، والقطع بالسرقة، والتثبُّت لأجل الفسق، كذلك هاهنا [يدل على التعليل بالطعم][(٢)]؛ ولأن الحكم يوجد بوجود هذه العلة، ويزول بزوالها؛ ولذلك فإن الحبَّ يجري فيه الربا وهو مأكول، فإذا زرع صار قصيلًا غير مطعوم لم يكن فيه ربا، فإذا أَعْقَدَ الحبُّ فيه صار مطعومًا؛ فجرى فيه الربا، والدوران يفيد العِلِّية.

فإن قيل: لا نسلم أنه مشتق، ولا نسلم الاكتفاء في التعليل بمجرد التعليق على المشتق بدون المناسبة، وما ذكرتموه من الدوران فذلك لكونه مكيلًا في حال كونه حبًّا، فإذا صار قصيلًا لم يكن مكيلًا، فإذا انعقد الحبُّ صار مكيلًا فاندفع ما ذكرتموه.

قيل: أمَّا الاشتقاق فظاهر؛ فإنه يصح إطلاقه على كل مستطعم، بدليل قوله تعالى: ﴿كُلُّ ٱلطَّعَامِ كَانَ حِلّٗا لِّبَنِيٓ إِسۡرَٰٓءِيلَ﴾ [آل عمران: ٩٣] يعني: كل مطعوم. وقوله: ﴿فَلۡيَنظُرِ ٱلۡإِنسَٰنُ إِلَىٰ طَعَامِهِۦٓ﴾ [عبس: ٢٤] ثم فسره بقوله: ﴿فَأَنۢبَتۡنَا فِيهَا حَبّٗا * وَعِنَبٗا﴾ [عبس: ٢٧، ٢٨] إلى غير ذلك، وقوله: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ﴾ [المائدة: ٥] أي: ذبائحهم، وقال - عليه السلام - في «ماء زمزم»: «إِنَّهُ طَعَامُ طُعْمٍ وَشِفَاءُ سُقْمٍ»[(٣)]، وقالت عائشة: «مَكَثْنَا دَهْرًا مَا لَنَا طَعَامٌ إِلاَّ الأَسْوَدَانِ التَّمْرُ والماءُ»[(٤)].

وأمَّا اشتراط المناسبة في الوصف المشتق المعلق عليه الحكم، فالجمهور على أن المناسبة ليست بشرط، ومن زعم أنها شرط - كما صار إليه الإمام - فيجاب بأن وجه المناسبة حاصل؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَمَا خَلَقۡتُ ٱلۡجِنَّ وَٱلۡإِنسَ إِلَّا لِيَعۡبُدُونِ﴾ [الذاريات: ٥٦] والعبادة متوقفة على البقاء، والبقاء متوقف على ما جعله الله سببًا له، وهو بتناول المأكول والمشروب، وفي تضييق باب الاتجار فيهما إظهار شرفهما

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في د.

(٣) أخرجه البزار (١١٧١- كشف الأستار) وقال الهيثمي في المجمع (٣/ ٢٨٩): رواه البزار والطبراني في الصغير، ورجال البزار رجال الصحيح.
وصحح إسناده المنذري في الترغيب والترهيب (٢/ ١٦٦)، وأصله في صحيح مسلم (١٣٢/ ٢٤٧٣)، بدون قوله: شفاء سقم.

(٤) أخرجه البخاري (١٣/ ٦٨) كتاب الرقاق، باب: كيف كان عيش النبي ﷺ وأصحابه؟ (٦٤٥٨، ٦٤٥٩)، ومسلم (٤/ ٢٢٨٢) كتاب الزهد والرقائق (٢٦/ ٢٩٧٢) بنحوه.

وتيسيرهما، وهذا المعنى جارٍ في كل مطعوم، وهو جار في جوهري الأثمان اللذيْن يتوصل بهما إلى ذلك غالبًا، وإلى سائر الحاجات، وهذا مناسبَ اقترن[(١)] الحكم به؛ فيغلب على الظن أنه العلة، ولا يقال: «وجب أن يختص بالأقوات لشدة الحاجة إليها؛ لأنه - عليه السلام - نصَّ على أصناف مختلفة المقاصد، مع الاشتراك في أنها مطعومة؛ فدلّ على التعليل بالقدر المشترك فيها، فنصَّ على البر والشعير، والمقصود منهما القوت، فأُلحق بهما ما في معناهما كالأرز والذرة وغيرهما، ونصّ على التمر، والمقصود منه التأدُّم والتفكه، وقد[(٢)] يؤكل قوتًا؛ فالتحق به ما في معناه وهو الزبيب والبر وغيرهما، ونص على الملح، والمقصود منه الإصلاح؛ فالتحق به كلُّ ما يحتاج إليه من المطعومات للتداوي [والإصلاح][(٣)].

وأمَّا قولهم: «إن الحبَّ إذا عقد صار مكيلًا فممنوع؛ لأنه ما دام في سنبله فليس بمكيل، وإنما يقف كيله على يبسه وحصاده ودَوْسه، وتلك صفة ليست بموجودة في الحال؛ فتقرر ما ذكرناه، وهو المذهب الجديد.

وفي القديم أن العلة مع الطعم التقدير في الجنس بالكيل أو الوزن؛ فلا يجري الربا فيما لا يوزن ولا يكال من المطعومات: كالسفرجل، والرمان، والبيض، والجوز، والأترج، والنارنج، وغير ذلك، ولو جفف منه شيء على ندور وجرى فيه الوزن، فكذلك الحكم عند القفال على ما حكاه الإمام - والد الإمام - قال الإمام: والظاهر (بخلاف هذا)[(٤)]، وقد أفسد القديم بما روى «أنه - عليه السلام - نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ إلاَّ مِثْلًا بِمِثْلٍ»[(٥)] ولم يفرق بين المطعوم المكيل والموزون والمعدود؛ فهو على عمومه، وعن القديم احترز الشيخ بقوله: «لعلة واحدة»، [وبقوله:][(٦)] «وهو أنه مطعوم» عما حكى عن الأودني[(٧)] من أصحابنا أن العلةَ الجنسيّةُ لا غير، حتى لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلًا.

وقد اختلف الأصحاب على الجديد في مسائل، وهي: الماء، والأدهان المطيبة، وبزر الجزر، والبصل، والفجل، والسلجم[(٨)]، وكذا القرطم، وكذا حب الكتان ودهنه

---

(١) في د: أقرنا.
(٢) في د: وقيل.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: الخلاف.
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: الأودي.
(٨) في جـ: الشلجم.

- إن قلنا بجريانه في حبه - ودهن السمك - وصغار السمك -إن قلنا: يحل تناوله- والزعفران، قال مجلي: ولا أعرف بجريانه في الزعفران وجهًا إلا كونه يطيب به الطعام، فيلتحق بالملح، وهذا يلزم عليه غيره من الطيب كالمسك والكافور وغيرهما، وقد أجرى الخلاف أيضًا في ماء الورد، والسقمونيا، والصمغ، والزنجبيل، والمصطكي، والطين الذي يؤكل تفكهًا وسفهًا، كالطين الخراساني دون الأرمني، والمختوم؛ فإنه دواء، فيجري فيه الربا وجهًا واحدًا. وقيل بجريان الخلاف فيه أيضًا، حكاه ابن التلمساني.

ويجري - أيضًا - في كل ما لم يكن أصله[١] مأكولًا من الأدهان، وهو في نفسه مأكول كدهن الخروع وحب القرع، كما حكاه الماوردي، واختيار ابن [أبي][٢] عصرون جريان الربا في الأدهان المطيبة ودهن السمك وبزر الكتان وغيره، وأنه لا يجري[٣] في الماء والطين الذي يؤكل سفهًا، والصحيح عند غيره جريان الربا في الماء إذا قلنا بصحة بيعه والزعفران والسقمونيا والمصطكي، والسمك الصغير، وأنه لا يجري في [دهن البزر.

وحكى الإمام عن العراقيين القطع به، وكذلك لا يجري في][٤] ودك السمك المعدِّ للاستصباح وطلي السفن، ثم قال: «ويظهر في هذا جعله مال ربا؛ فإنه جزء من السمك»، ورجح في السمك الصغير القول بعدم جريان الربا فيه؛ لأنه لا يعد للأكل.

ولا نزاع في أنه يجري فيما عدا هذه الأشياء من الفواكه والحبوب والبقول والتوابل، وفيما يؤكل نادرًا كالبلوط، وفيما لا يؤكل إلا مع غيره، قال في «التتمة»: «ولا يجري في أطراف قضبان الكرم وإن كان يؤكل»، وكذلك لا يجري فيما هو مأكول للبهائم كالحشيش والتبن وغيرهما، ولو كان مما يأكله الآدميون والبهائم فالمعتبر فيه أغلب الحالين من أكل الآدميين والبهائم. ولو استوت حالتاه فكان أكل البهائم له كأكل الآدميين، قال الماوردي: قد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما - وهو الصحيح-: جريان الربا فيه.

والثاني: لا ربا فيه؛ لأن الصفة لم تخلص.

---

(١) في د: أصلًا.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: يجوز.
(٤) سقط في د.

قال: «فمتى باع شيئًا من ذلك بجنسه حرم فيه التفاضل»؛ لقوله - عليه السلام-: «سَوَاءً بِسَوَاءٍ» [١].

وأمَّا قوله - عليه السلام-: «إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسِيئَةِ» [٢] فقد قال الشافعيُّ: «إنه جواب من النبي ﷺ لسائل سأله عن التفاضل في جنسين مختلفين، فنقل الراوي جوابه - عليه السلام - وأغفل سؤال السائل.

قال: «والنَّساء»؛ لقوله - عليه السلام - عَيْنًا بِعَيْنٍ [٣]، والمعنى: بالعين الحاضرة، ويلزم ذلك الحلول؛ لأن النَّساء هو الأجل، والأجل إنما يثبت إذا كان في الذمة، والعين ليست في الذمة، وكل معين لا أجل فيه فيلزم من اشتراط التعيين والحضور نفي الأجل - وهو الحلول - ومما يدلُّ على ذلك قوله - عليه السلام - في إبدال الدراهم بالدنانير وبالعكس: «لَا بَأْسَ إِذَا تَفَرَّقْتُمَا وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا شَيْءٌ» [٤] والأجل يبقى

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه البخاري (٣٨١٤) كتاب البيوع، باب: بيع الدينار بالدينار نساء، حديث (٢١٧٨)، ومسلم (٣/ ١٢١٧، ١٢١٨) كتاب المساقاة، باب: بيع الطعام مثلًا بمثل، حديث (١٠١، ١٠٢، ١٠٣ / ١٥٩٦) من حديث ابن عباس عن أسامة بن زيد رضي الله عنهم.

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ٦٥٠، ٦٥١) كتاب البيوع، باب: في اقتضاء الذهب من الورق، الحديث (٣٣٥٤)، وأحمد (٢/ ١٣٩)، والترمذي (٣/ ٥٤٤) كتاب البيوع، باب: ما جاء في الصرف، الحديث (١٢٤٢)، والنسائي (٧/ ٢٨٣) كتاب البيوع، باب: أخذ الورق من الذهب، وابن ماجه (٢/ ٧٦٠) كتاب التجارات، باب: اقتضاء الذهب من الورق، الحديث (٢٢٦٢)، وابن حبان (١١٢٨ - موارد)، وابن الجارود ص (٢٢٠) باب ما جاء في الربا، الحديث (٦٥٥)، والدارقطني (٣/ ٢٣، ٢٤) كتاب البيوع، باب: اقتضاء الذهب من الورق، كلهم من حديث سماك ابن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر به بزيادة «ما لم تفترقا وبينكما شئ».

وقال الحاكم: (صحيح على شرط مسلم). وقال الترمذي: (لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، وروى داود بن أبي هند هذا الحديث عن سعيد بن جبير عن ابن عمر موقوفًا). وقال البيهقي: تفرد برفعه سماك بن حرب عن سعيد بن جبير من أصحاب ابن عمر).

قال الحافظ في التلخيص (٣/ ٢٦): روى البيهقي من طريق أبي داود الطيالسي قال: سئل شعبة عن حديث سماك هذا، فقال شعبة: سمعت أيوب عن نافع عن ابن عمر ولم يرفعه، ونا قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر ولم يرفعه، ونا يحيى بن أبي إسحاق عن سالم عن ابن عمر ولم يرفعه، ورفعه لنا سماك بن حرب وأنا أفرقه. ا هـ.

وقد تعقب النووي في المجموع (٩/ ٣٢٩، ٣٣٠) قول البيهقي فقال: وهذا لا يقدح في رفعه وقد قدمنا مرات أن الحديث إذا رواه بعضهم مرسلاً وبعضهم متصلاً وبعضهم موقوفًا وبعضهم مرفوعًا؛ =

عُلْقةً بعد التفرق، والنساء - بالمد - التأجيل.

قال: «والتفرق قبل التقابض»؛ لقوله - عليه السلام-: «يَدًا بِيَدٍ»[١]، ولا فرق بين النقدين بين المصوغ منهما وغير المصوغ، ولا بين التبر وغيره، ويدل عليه قوله - عليه السلام-: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ تِبْرُهَا وَعَيْنُهَا، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ تِبْرُهَا وَعَيْنُهَا»[٢]. أخرجه أبو داود عن عبادة.

وروى الشافعي في القديم عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء [بن يسار][٣] أن معاوية باع سقاية من ذهب أو وَرِقٍ بأكثر من وزنها، فقال أبو الدرداء: «سمعت النبي ﷺ نَهَى عَنْ مِثْلِ هَذَا، إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ»، فَقَالَ مُعَاوِيَةُ: مَا أَرَى بِهَذَا بَأْسًا، فَقَالَ أَبُو الدَّرْدَاءِ: مَنْ يَعْذُرُنِي مِنْ هَذَا؟! أُخْبِرُهُ عَنِ النَّبِي ﷺ وَيُخْبِرُنِي عَنْ رَأْيِهِ!، فقدم على عمر فأخبره بذلك، فَكَتَبَ عُمَرُ إِلَى مُعَاوِيَةَ: «ألا لَا تَبِعْ ذَلِكَ إِلَّا وَزْنًا بِوَزْنٍ مِثْلًا بِمِثْلٍ»[٤].

ولا فرق - فيما ذكرناه - بين أن يكون العقد واردًا على العين أو الذمة، وإن كان ظاهر الخبر قد يمنع إذا ورد العقد على ما في الذمة؛ لأنهما [إذا][٥] عينا في المجلس صار عينًا بعين، كما إذا تقابضا في المجلس كان يدًا بيد.

وفي «الرافعي» في كتاب «السلَم» حكاية وجه: أنه لا يجوز بيع الطعام بالطعام في الذمة، ويقوم مقامَ قبض العاقد قبضُ وكيله بحضرته في المجلس، وكذا وارثه إن قلنا: إن خيار المجلس لا يبطل بالموت، دون ما إذا فارق الموكل المجلس قبل القبض، أو قلنا: ببطلان خيار المجلس بالموت؛ فإنه يبطل العقد. قاله الإمام في آخر «الوكالة» والماوردي هنا.

ولو أحال أحدهما على صاحبه بما وجب له عليه، فإن قبض في المجلس جاز، إن قلنا إن الحوالة استيفاء؛ لأنها ليست باستيفاء حقيقة. قاله الماوردي وغيره.

= كان محكومًا بوصله ورفعه على المذهب الصحيح الذي قاله الفقهاء والأصوليون ومحققو المحدثين من المتقدمين والمتأخرين.

(١) تقدم تخريجه.
(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٦٨) كتاب البيوع، باب: في الصرف، برقم (٣٣٤٩).
(٣) سقط في د.
(٤) أخرجه مالك (٢/ ٦٣٤)، وعنه الشافعي في الرسالة رقم (١٢٢٨)، ورجاله كلهم ثقات.
(٥) سقط في د.

والتخاير قبل التقابض هل يقوم مقام التفرق؟ فيه وجهان:

أصحهما - وهو ما حكاه في «المهذب»-: نعم؛ فيفسد العقد.

والثاني - وهو اختيار ابن سريج، وما حكاه الماوردي-: لا؛ فيصح العقد، ولا يلزم، ويكون وجود التخاير كعدمه.

وقال الشيخ أبو محمد: هل يبطل الخيار؟ فيه وجهان، فإن بطل بطل العقد، وإلا فلا.

فرع: لو ادعى أحدهما التفرق قبل التقابض، وأنكره الآخر، قال الماوردي: القول قول من ينكر القبض، ويكون الصرف باطلًا.

وفي «المرشد» - في باب اختلاف المتبايعين-: إن كان ما باعه كل منهما في يد صاحبه، فالقول قول من يدعي حصول القبض، وكذا لو كان المالان في يد أمين، أو في يد موضع التبايع. ويعضد ذلك ما حكاه ابن الصباغ في «السلم» فيما إذا اختلفا في قبض رأس المال قبل التفرق أو بعده، أن القول قول من يدعي الصحة، ولم يحك سواه، وطرده فيما إذا كان في يد المسلِم، وادعى المسلَم إليه أنه أودعه إيّاه أو غصبه.

قال: «**وإذا باع من غير جنسه، فإن كان مما يحرم فيهما الربا بعلة واحدة: كالذهب والفضة، والحنطة والشعير، جاز فيهما التفاضل، وحرم فيهما النَّساء والتفرقُ قبل التقابض؛ لقوله - عليه السلام-: «إِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ»[١]، وفي لفظ: «إِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ»[٢]، [فشرط التقابض][٣]، وهو يستلزم الحلول**»[٤].

وقد روى أبو بكر النيسابوري في «الزيادات» عن عبادة أيضًا عن النبي ﷺ قال: «الشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ كَيْلًا بِكَيْلٍ، فَمَنْ زَادَ أَوِ ازْدَادَ فقَدْ أَرْبَى»[٥].

---

(١) تقدم. (٢) تقدم. (٣) سقط في د.

(٤) قوله: قال - يعني الشيخ-: وإذا باع من غير جنسه: فإن كان مما يحرم فيهما الربا بعلة واحدة كالذهب والفضة، والحنطة والشعير جاز فيهما التفاضل، وحرم فيهما النساء والتفرق قبل التقابض؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام-: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم يدًا بيد»؛ فشرط التقابض، وهو يستلزم الحلول». انتهى كلامه.
وهذا الاستلزام الذي ادعاه ليس كذلك؛ فإنه قد يبيع إلى أجل، ومع ذلك يقع القبض قبل التفرق، وهو واضح. [أ و].

(٥) أخرجه الطحاوي في شرح المعاني والآثار (٤/ ٦٦) بنحوه، وأخرجه أبو يعلى كما في المطالب =

ولا بأس ببيع الشعير بالبر والشعير، أكثرهما يدًا بيدٍ.

وفي هذا الحديث دليلٌ على من ادّعى أن الشعير والقمح جنس واحد.

قال: «**وإن لم يحرم فيهما الربا لعلة**[١] **واحدة كالذهب والحنطة، والفضة والشعير، جاز فيهما التفاضل والنَّساء والتفرق قبل التقابض**».

قال في «المهذب»: لإجماع الأمة على جواز إسلام الذهب والفضة في غيرهما من المكيلات والموزونات. وقد تقدم في صدر الباب ذكر الدليل على عدم جريان الربا فيما عدا ما ذكر.

قال: **وكل شيئين جمعهما [اسم خاص]**[٢]**؛ كالتمر المعقلي والبرنيّ**، وكذا الحنطة الصعيدية والبحرية، والزبيب الأبيض والأسود، والمشمش، وغير ذلك.

[قال:][٣] «**فهما جنس واحد**» أي: فيحرم فيهما التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض؛ لعموم قوله - عليه السلام - في حديث عبادة: «وَلا التَّمْرَ بِالتَّمْرِ، وَلا الْبُرَّ بِالْبُرِّ»[٤]، وكل منهما يطلق عليه اسم التمر والبر، ولما روى مسلم عن أبي سعيد الخدري قال: «جاء بلال بتمر برني، فقال له رسول الله ﷺ: «مِنْ أَيْنَ هَذَا؟» فقال بلال: «تمرٌ كان عندنا رديء، فبعت منه صاعين بصاع لمطعم النبي ﷺ فقال رسول الله عند ذلك: «أَوَّه عَيْنُ الرِّبَا، لَا تَفْعَلْ، وَلَكِنْ إِذَا أَرَدْتَ أَنْ تَشْتَرِيَ التَّمْرَ فَبِعْهُ بِبَيْعٍ آخَرَ ثُمَّ اشْتَرِ بِهِ»[٥]، وقال في آخر: «لَا تَفْعَلُوا وَلَكِنْ مِثْلًا بِمِثْلٍ، أَوْ بِيعُوا هَذَا وَاشْتَرُوا بِثَمَنِهِ مِنْ هَذَا»[٦].

وكذلك المُرّان والعَلس.

= العالية (١٢٩٤)، من حديث ابن عمر بنحو هذا اللفظ.
وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ١١٧): رواه أبو يعلى من رواية عبد المؤمن عن ابن عمر، ولم أعرف عبد المؤمن هذا.

(١) في جـ: بعلة.
(٢) في د: اسم واحد خاص.
(٣) سقط في د.
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) أخرجه البخاري (٥/ ٢٦٠) كتاب الوكالة، باب: إذا باع الوكيل شيئًا فاسدًا فبيعه مردود، برقم (٢٣١٢)، ومسلم (٣/ ١٢١٥) كتاب المساقاة، باب: بيع الطعام مثلا بمثل، برقم (٩٦/ ١٥٩٤).
(٦) أخرجه البخاري (١٥/ ٢٥٥) كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: إذا اجتهد العامل أو الحاكم، برقم (٧٣٥٠، ٧٣٥١)، ومسلم (٣/ ١٢١٥) كتاب المساقاة، باب: بيع الطعام مثلا بمثل، برقم (٩٤/ ١٥٩٣).

قال الشيخ: هو صنفٌ من الحنطة، والسلت جنس برأسه ليس بحنطة ولا شعير، والتمر الهندي جنس برأسه.

وقال ابن القطان: إنه من جنس التمر، وليس بشيء.

واحترز الشيخ بالاسم الخاص عن أن يجمعهما اسم عام كالفاكهة المقولة على التفاح والسفرجل وغيرهما، والحب المقول[١] على الحنطة والشعير والسلت.

وزاد في «المهذب» إلى ذلك أن يكون من أصل الخلقة؛ ليحترز به من الأَدِقَّة والأدهان، فإن الاسم يتحد بتفريق الأجزاء أو العصير.

قيل: ولا حاجة إلى زيادة هذا القيد كما أسقطه في «التتمة»؛ فإن الاسم الخاص فيها لا يكون إلا مع الإضافة كقوله: «دقيق بر، ودهن سمسم» ونحو ذلك.

تنبيه: المَعْقِلي - بفتح الميم وإسكان العين المهملة - نوع من التمر معروف بالعراق منسوب إلى معقل بن يسار الصَّحَابي، وإليه يُنسب نهر معقل بالبصرة[٢].

والبرني: ضرب من التمر أصفر مدوَّر، واحدته: برنيَّة - قال صاحب «المحكم»: «وهو أجود التمر».

وقد قال الشيخ في باب «السلم»: «إن المعقلي أفضل».

قيل: وليس الأمر كذلك.

قال: «**وما لا يجمعهما اسم خاص - كالحنطة والشعير، واللحم والشحم، والألية والكبد - فهما جنسان**»، أي: فلا يحرم فيهما التفاضل؛ لقوله - عليه السلام - في حديث عبادة: «فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَجْنَاسُ» - وروى: هذه الأصناف - فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ» فذكر ستة أشياء، وحرم فيها التفاضل إذا باع كل شيء بما يوافقه في الاسم، وأباح فيها التفاضل إذا باعه بما يخالفه في الاسم، وسماه اختلاف الجنسين، وهو موجود فيما ذكرناه؛ فعلى هذا: الشحم جنس، والكبد جنس، وكذا أبعاض الحيوان، وهل هو من سائر الحيوانات جنس واحد أو أجناس؟ فيه قولان كما سيأتي في اللحوم.

وحكى الشاشي في «الحلية» وجهًا في أن الألْية من اللحم، وهو احتمال أبداه الإمام.

---

(١) في د: القول.

(٢) في د: البصرة.

وحكى الماوردي وجهين في أن الألية مع [ما] [١] حمله الظهر صنف من الشحم أم لا؟

أحدهما: أنهما مع الشحم صنف.

والثاني: أنهما أصناف مختلفة غير الشحم.

وحكى المراوزة في أبعاض الحيوان طريقين:

أحدهما: أنا إن قلنا: إن اللحوم أجناس، فهذه أولى؛ لاختلاف أسمائها وصفاتها، وإن قلنا: إنها جنس واحد، فوجهان.

والثاني - عن القفال-: أنا إن جعلنا اللحوم جنسًا واحدًا، فهذه الأشياء مجانسة لها، وإن جعلناها أجناسًا فوجهان؛ لاتحاد الحيوان، فصار كشحم الظهر وبطنه، وعلى المذهب: القلبُ ملحق عند العراقيين بالكبد، وعند المراوزة باللحم والجلد، وشحم الظهر مع شحم البطن جنسان، وسنام البعير معهما جنس آخر، والرأس والأكارع من جنس اللحم، وفي الأكارع عند الإمام احتمال، والله أعلم.

قال: «وفي اللُّحْمان والألبان قولان، أصحهما: أنهما أجناس؛ فيباع لحم البقر بلحم الغنم متفاضلًا»؛ لأنها فروع لأصول هي أجناس؛ فوجب أن تكون الفروع أجناسًا كالأدِقَّةِ والأدهان؛ فإن دقيق الحنطة جنسٌ، ودقيق الشعير جنسٌ، ودقيق الأرز جنسٌ؛ لأن الحبوب التي هي أصولها أجناس، وكذلك الأدهان أجناس؛ لأن أصولها من السمسم واللوز والجوز أجناس، ولم يعتبر اشتراكها في الاسم بعد ذلك؛ فكذلك اللحمان والألبان.

قال: «والثاني: أنهما جنس واحد»[٢]؛ لأنها اشتركت في الاسم الخاص في حال حدوث الربا فيها؛ لأن الجميع يُسمى لحمًا ولبنًا، وإنما يتميز بالإضافة، فيقال: لحم بقر، ولحم إبل، ولبن بقر، ولبن إبل؛ كما يقال: «تمر» في الجميع، ثم يتميز بالإضافة فيقال: «تمر معقلي، وتمر برني، وتمرٌ طبرزدي[٣]».

وقد حُكي طرد هذا القول أيضًا في الأدقة عن رواية حرملة، وخرجه أبو علي بن أبي هريرة في الأدهان أيضًا.

---

(١) سقط في ج.

(٢) زاد في التنبيه: «فلا يباع لحم البقر بلحم الغنم متفاضلاً».

(٣) في ج: طبرزد.

وحكى ابن الصباغ طرده في الحلول.

قال الماورديُّ: وذهب سائر أصحابنا إلى فساد تخريج ابن أبي هريرة، والفرق بين التمر وبين اللحمان والألبان: أن الطلع شيءٌ واحدٌ، وبعضهم جزم في الألبان بالقول الأول؛ جريا على ظاهر النص.

وفرق بينهما وبين اللحوم بأن الأصول التي حصل اللبن فيها باقية بحالها، وهي مختلفة؛ فَيُدَامُ حكمها على الفروع، بخلاف أصول اللحم.

وفي «الحاوي»: أن القول الآخر فيه نصَّ عليه في القديم.

التفريع:

إن قلنا: «إنها جنس [واحد][1] فلا فرق بين لحوم الحيوانات البرية أَهْلِيِّها ووَحْشِيِّها، وكذا ألبانها، وكذا لحوم البحريات جنسٌ واحد، وفي لحوم البحريات مع البريات وجهان:

أحدهما - وبه قال أبو علي الطبري، والشيخ أبو حامد-: أنهما جنسان.

والثاني: أنهما جنس واحد؛ لشمول الاسم - وهو اختيار القاضي أبي الطيب وابن الصباغ، وهو الذي أورده في «التهذيب»-.

وإن جعلناها أجناسًا فحيوان البر مع حيوان البحر جنسان، ثم الأهليات من حيوان البر جنس، والوحشيات جنس، ثم لكل واحد من القسمين أجناس، فلحوم الإبل وألبانها على اختلاف أنواعها جنس، ولحوم البقر والجواميس وغيرها وألبانها جنس، ولحوم الغنم وألبانها ضَأْنها ومعزها جنسٌ، والبقر الوحشي جنسٌ، وفي الظبي مع الإبل تردد للشيخ أبي محمد، واستقر جوابه على أنها كالضأن والمعز، وقد صرح المتولي بحكاية [ذلك][2] وجهين عن الأصحاب، وأن وجه إلحاقهما [بالغنم][3] أنهما يقربان منها، والتفاوت الذي بين الظبي والمعز ليس بأكثر من التفاوت الذي بين المعز والضأن، والصحيح أنهما لا يلحقان بالغنم - كما في الزكاة - والطيور والعصافير على اختلاف أنواعها جنس، والبُطُوط جنس.

وعن الربيع: أن الحمام وكل ما عَبّ وهدر جنس، فيدخل فيه القُمري، والدّبسي، والفاخت، وهو اختيار الإمام والبغوي وجماعة، واستبعده العراقيون، وجعلوا كل

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في د. (٣) سقط في د.

واحد منهما جنسًا برأسه. والسُّموك من حيوان البحر جنسٌ، وفي غنم الماء وبقره وغيرهما مع السموك هكذا، وفي بعضها مع بعض قولان، أصحهما: أنها أجناس كحيوان البر.

وهل الجراد من جنس اللحوم؟ فيه وجهان: فإن قلنا: نعم فهو من البريات أو البحريات؟ [فيه](١) وجهان.

فروع:

دهن الورد والبنفسج والبانِ جنس [واحد] (٢)؛ لأن(٣) أصلها الشيرج، وإنما اكتسبت الروائح المجاورة لهذه الأشياء - قاله الماوردي وغيره-.

وزيت الفجل مغاير لزيت الزيتون؛ فهما جنسان.

وقال بعض الأصحاب: إنهما كالألبان. ولا يصح؛ لأن اشتراكهما في الاسم ليس اشتراكًا في أول دخولهما في الربا، بخلاف الألبان.

وعسل القصب والنحل، وعصير العنب والرطب أجناس، وكذا دبس العنب والرطب جنسان.

وفي «الرافعي» ما يقتضي جريان وجه في أن عصير العنب مع عصير الرطب جنس واحد، وفي عصير العنب مع خَلِّهِ وجهان، أظهرهما: أنهما جنسان.

والسكر والنبات جنس واحد، وفي السكر والفانيذ(٤) وجهان، واستبعد الإمام قول من قال: إنهما جنس واحد، وأمَّا السكر الأحمر الذي هو عَكَرُ السكر الأبيض - وهو من قصبه - ففيه مع الأبيض تردد؛ من حيث إنه يخالف صفته(٥) مخالفة ظاهرة.

قال [الإمام](٦): ولعل الأظهر أنه من جنسه.

وبيض الطيور أجناسٌ إن جعلنا اللحوم أجناسًا، وإن جعلناها جنسًا واحدًا فهي أجناسٌ أيضًا في أصح الوجهين.

والبقول كالهندبا والنعنع وغيرها أجناس إذا قلنا بجريان الربا فيها، وفي القثاء مع الخيار وجهان، وفي البطيخ المعروف مع الهندي وجهان.

تنبيه: اللُّحمان - بضم اللام - جمع: لحم، وتجمع أيضًا على: لُحُوم،

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: لأنها.
(٤) في د: الفانيد.
(٥) في د: صنفه.
(٦) سقط في ج.

ولِحَام؛ كصَحْب وصِحاب.

قال: وإن اصطرف رجلان وتقابضا، ثم وجد أحدهما بما أخذ عيبًا، أي: لا يخرجه عن الجنس، كالدراهم الخشنة، والصفرة في الذهب وغير ذلك.

قال: فإن وقع العقد على العين وردَّه انفسخ البيع ولم يجز أخذ البدل، أي: إلاَّ بعقد جديد؛ لأن الدراهم والدنانير عندنا تتعين إذا ورد العقد عليهما؛ ولا يجوز للبائع إبدالهما قبل القبض؛ كما في الصاع من الحنطة، والثوب والعبد إذا ورد العقد على عينه، وهذه الأشياء لو تلفت أو رُدَّت بعيب قبل التفرق أو بعده انفسخ العقد، ولم يجز أخذ البدل؛ فكذلك الدنانير والدراهم، وإنما قلنا: إن الدراهم والدنانير يتعينان بالتعيين كقوله - عليه السلام - في حديث عبادة: «عَيْنًا بِعَيْنٍ»[1]، وذلك يدل على أنهما يتعينان[2]، ولو كانا لا يتعينان لما كان عيناً بعين، ولأنه عوض يتعين بالقبض؛ فجاز أن يتعين بالعقد أصله إذا عين ما ذكرناه، ومن قال بأنهما لا يتعينان بالتعين ويجوز للبائع إبدالهما، وإذا تلف لا ينفسخ العقد - وهو أبو حنيفة - متمسكًا فيه بأنه لا غرض في أعيانهما، وإنما الغرض في ماليتهما؛ فكان كتعين الميزان - فقد ناقض مذهبه في تعيينهما في الغصب، والوديعة، وهو يبطل بما [علل به][3]، على أنَّا نقول: قد يكون له فيهما غرض بأن نعلم أنهما من كسب حلال، ولا نعلم ذلك في غيرهما، ونقول: ما قاله يبطل أيضًا؛ بما إذا أورد العقد على صاع من صبرة، وتلف جميعها.

إذا فهم ذلك عرف فائدة قول الشيخ: «ولم يجز أخذ البدل»، ولا فرق فيما ذكرناه من تعيين الدراهم بين أن يكون في عقد الصرف أو غيره.

قال: «وإن كان على عوض في الذمة»، أي: بشرطه إمَّا بالوصف أو بالإطلاق، ولم يكن ثم نقد غير واحد، أو نقود وأحدها أغلب - «جاز أن يردّ ويطالب بالبدل قبل التفرق؛ لأن العقد وقع على ما في الذمة صحيحًا لا عيب فيه، فإذا قبض معيبًا كان له أن يطالبه بما في ذمته مما تناوله العقد؛ كما إذا قبض المسلم فيه ثم وجد به عيبًا، ويخالف ما إذا ورد العقد على عينه؛ فإنه لا يملك المطالبة بالبدل؛ لأن العقد غير متناول له؛ فلا يجوز المطالبة بما لم يتناوله العقد.

قال: «و[فيما][4] **بعد التفرق قولان**:

---

(١) تقدم.

(٢) في د: معينان.

(٣) في جـ: يحل به.

(٤) سقط في التنبيه.

أحدهما: يرد، [ويطالب بالبدل][١]»؛ لأنه يجوز الإبدال فيه«قبل التفرق»؛ فوجب أن يجوز بعده إذا لم ينفسخ العقد بالتفرق؛ قياسًا على المسلم فيه؛ فإن للمسلم إبداله إذا وجد به عيبًا، سواء فارق مجلس القبض أو لم يفارقه، وهذا هو الأصح في الرافعي وغيره، لكن بشرط قبض البدل قبل التفرق من مجلس الرد.

«والثاني: أنه بالخيار إن شاء رضي به، وإن شاء ردّه، فإذا ردّ انفسخ البيع»؛ لأنّا لو جوزنا إبداله، لكان قبضه بعد التفرق من مجلس العقد، ولا يجوز قبض العوض في الصرف بعد التفرق [من مجلس العقد][٢] ويخالف المسلم فيه؛ لأن قبضه لا يختص بالمجلس، وفي أي موضع قبض جاز، وبنى الإمام هذا الخلاف في كتاب «الكتابة» على أنّ الدين إذا قبض ناقصًا عن وصفه، وكان المقبوض من جنسه متى يملك؟ هل يملك بالقبض أو بالقبض مع الرضا؟ [و][٣] فيه قولان: فإن قلنا: [إنه][٤] يملك بالقبض صح إبداله، وإن قلنا: لا يملك إلاَّ بالرضا، فلا يجوز إبداله.

قلت: ومقتضى هذا البناء: أن[٥] يجري الخلاف فيما إذا رضي به بعد التفرق، ولأن الملك حصل بعد التفرق ولم أره، ولا يقال: إنا بالرد نتبين[٦] قول عدم الملك، أمّا إذا جاز فلا يجيء هذا القول، بل يستمر الملك، وقد أشار الإمام إلى ذلك بقوله من قبل: «فإن رضي استمر الملك»؛ لأنّا نقول: قد حكى من بعد أن الخيار بسبب هذا النقض هل هو على الفور؟ ينبني على الخلاف، فإن قلنا: لا يملك بالقبض ما لم يرض، فلا شك أن معنى الفور لا يتحقق، بل الملك موقوف على الرضا متى كان، وهذا يدلُّ على أن جريان الخلاف، وإن لم يجر بعد فسخ.

فرع: لو كان العيب ببعض المعقود عليه وأثبتنا الخيار فيه: فإن رده بجملته فلا كلام، وإن أراد أن يرد المعيب خاصة فهل له ذلك؟ فيه قولاَ تفريقِ الصفقة: فإن جوزنا ذلك فهل بقسطه من مقابله أو بكل المقابل؟ فيه قولان في «تعليق» القاضي أبي الطيب، وهذا إذا أورد الصرف على ذهب وفضة.

أمّا إذا كان ذهبًا بذهب، أو فضة بفضة - قال القاضي أبو الطيب: بطل العقد وجهًا واحدًا؛ لكونه من قاعدة «مد عجوة»؛ كالدينار الصحيح والدينار القراضة

(١) في التنبيه: ويأخذ بدله.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) زاد في د: لا.
(٦) في جـ: ينبني.

بدينارين صحيحين أو قراضة.

أمَّا إذا كان العيب يخرجه عن الجنس، بأن وجده رصاصًا أو نحاسًا، فإن كان في الكل بطل العقد في الكل إذا ورد على العين، كما نصّ عليه الشافعيُّ في كتاب «الصرف».

وقال أبو علي في «الإفصاح»: من أصحابنا من قال: البيع صحيحٌ ويخيّر فيه، ويجري هذا فيما إذا قال: بعتك هذه، فخرجت حمارًا، وهذه نوع من البغال تشبه الحمير يكون بـ «طبرستان».

وفيما إذا باع ثوبًا على أنّه قز، فخرج كتانًا؛ لأن الكتان الخام يشبه القز، وهذا الجوهر على أنّه عقيق، فإذا هو بخلاف ما شرط.

ولو قال: بعتك هذا الحيوان، وهو حمار، أو هذا الشخص، وهو عبد، فإذا هو فرسٌ [أو جارية][١] - فإن كان المشتري عالمًا بالحال انعقد البيع، وإن كان جاهلًا فهل ينعقد؟ فيه الخلاف، كذا قاله القاضي الحسين قبيل باب «بيع البراءة»[٢]، ويتجه طرد هذا التفصيل فيما ذكرناه.

وإن كان العيب في البعض بطل العقد فيه على النص، وفي الباقي قولاَ تفريقِ الصفقة، فإن قلنا: تفرق، أخذ الباقي بحصته من الثمن.

قال الماوردي: قولًا واحدًا.

وفي «تعليق» أبي الطيب تخريجه على التفصيل والخلاف السابق.

قال البندنيجي: فإن قلنا: إنه يأخذ السليم بكل الثمن، [لم يكن له رد المعيب وإمساك الصحيح، وإنما يقال له: إمَّا أن ترد الكل أو تمسك الكل، وأمَّا أن تمسك البعض بكل الثمن][٣] فهذا سفه لا يقبل منك.

وفي [كلام القاضي والماوردي أيضًا إشارة إلى ذلك][٤].

فائدة: كلام القاضي أبي الطيب [في «تعليقه»][٥] مصرح[٦] بأن من حصل له البدل المعيب فيما إذا ورد العقد على ما في الذمة، واطلع على العيب بعد التفرق - يثبت له الخيار بين أخذه ورده واسترجاع ثمنه، وهل له المطالبة بالبدل؟ فيه الخلاف، وإلى ذلك

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: المراه.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: تصريح.

يرشد قول الشيخ: «جاز أن يرد ويطالبه بالبدل قبل التفرق، وبعد التفرق قولان»؛ وكان ينبغي إذا قلنا بجواز أخذ البدل ألاَّ يثبت له الخيار في رده واسترجاع الثمن؛ لأن المعقود عليه باقٍ في الذمة؛ كما في المسلم فيه إذا ردّ بسبب العيب.

وهذا قد صرح به المتولي، وابن التلمساني في «شرحه»، لكن يشكل على بناء الإمام؛ فإنا إنما جوزنا الإبدال بناء على أنّه ملك بالقبض، ومتى ملك المعيب بالقبض امتنع أن يكون حقه باقيًا في الذمة.

فرع: إذا ورد الصرف على ما في الذمة، ثم عين في المجلس بالقبض - فهل يكون كالمعين في حال العقد؟ في نظيره في رأس مال السلم خلافٌ، ويتجه جريانه هاهنا، فإن جرى فمن ثمرته أنه إذا ردّ العقد هل يجب على القابض ردّ ما أخذ أو يجوز له ردّ بدله؟ فيه خلاف، وأنه إذا باع ما له في ذمة زيد من نقد لزيد بعوض موصوف في الذمة، وعينه في المجلس، فهل يكفي أم لا بد من قبضه؟

إن قلنا: إنه كالمعين في العقد، خرج على القولين في اشتراط القبض، وإلا فلا بد من القبض، لكن يلزم على هذا التقرير[1] أنه إذا وجد به عيبًا وردّه في المجلس لا يجوز له أخذ البدل على وجهٍ؛ كما إذا ورد العقد على عينه، ولم أره.

[فرع] آخر: إذا اطلع على العيب بعد التلف، وكان العوضان من جنس واحد - لم يكن له الرجوع بالأرش؛ لأنه يؤدي إلى التفاضل، ولكن يفسخ العقد، ويرد مثل التالف إن كان خالصًا، أو قيمته[2] إن كان بَهْرَجًا، ويسترجع الثمن، وهذا ما أجاب به الماوردي والبندنيجي هنا وابن الصباغ والمتولي في مسألة الحلي إذا وجد به عيبًا، وقد ذُكِرَ فيه وجه آخر: أنه يجوز أخذ الأرش، وهو الذي صححه في «التهذيب»، وهل يعتبر من جنس المعيب، أو بغير جنسه؟ فيه خلاف مذكور، ومثله يجري هاهنا؛ إذ لا يظهر بينهما فرق، ولو كانا من جنسين كالذهب بالفضة، فهل له أن يرجع بالأرش؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ اعتبارًا بعيوب سائر المبيعات التالفة. قال الماوردي: «وهذا أقيس»؛ فعلى هذا يرجع بأرش الدينار من الدراهم، وبأرش الدراهم من المذهّب، ويتجه أن يجيء فيه الوجه الآخر - الذي تقدمت حكايته -.

(١) في د: التقدير. (٢) في د: ثمنه.

والوجه الثاني - وهو قول الشيوخ من أصحابنا البصريين، والجمهور من غيرهم-: لا يجوز له الرجوع بالأرش؛ لأن الصرف أضيق حكمًا من سائر البيوعات، فلم يتسع لدخول الأرش فيه؛ لأن الأرش يعتبر بالأثمان؛ فلم يجز أن يكون الأرش داخلًا في الأثمان، فعلى هذا ينفسخ العقد، ويرجع عليه بمثل التالف أو قيمته إن كان بهرجًا، وقد ورد العقد على عينه، وإن ورد على الذمة ثم قبض في المجلس: فيرد بدله إن كان له مثل، أو قيمته إن كان بهرجًا، وهل له أن يأخذ بدله؟ فيه القولان السابقان، كذا حكاه الماوردي، وفي[1] بعضه تناقض؛ لما حكيناه عنه في الباب الأول من كتاب البيوع، ولا يخفى أن جميع ما ذكرناه في الصرف يجري مثله فيما إذا باع ما يحرم فيه الربا بعلة الطعم [بما يحرم فيه الربا بعلة الطعم][2].

قال: «وما حرم فيه التفاضل، فإن كان مما يكال لم يجز بيع بعضه ببعض حتى يتساويا في الكيل»، أي: في علم المتعاقدين حالة العقد، ولا يكفي تساويهما في الوزن، وإن كان أحصر[3] لما روى أبو داود عن النبي ﷺ أنه قال - في حديث عبادة-: «الْبُرُّ بِالْبُرِّ مُدَّيْنِ بِمُدَّيْنِ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ مُدَّيْنِ بِمُدَّيْنِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ مُدَّيْنِ بِمُدَّيْنِ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مُدَّيْنِ بِمُدَّيْنِ، فَمَنْ زَادَ أَوِ ازْدَادَ فَقَدْ أَرْبَى»[4].

وروى أنه ﷺ قال: «لَا تَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ إِلَّا كَيْلًا بِكَيْلٍ يَدًا بِيَدٍ»[5]، نصًّا على التساوي بالكيل؛ فاقتضى ألا يعتبر التساوي فيه بالوزن؛ لأنه قد يخالف ما أمر به من الكيل. نعم، ولو علم تساوي صنف في الكيل والوزن هل يجوز بيع بعضه ببعض وزنًا؟ [فيه وجهان محكيّان في «الحاوي».

وحكى عن الفوارني أنه جوز بيع ما يكال وزنًا][6] دون عكسه، و الذي كان يكال على عهد رسول الله ﷺ الحبوب والأدهان، والألبان، والتمر والزبيب والملح.

وحكى أصحابنا فيه إذا كان قِطَعًا كبارًا وجهين:

أحدهما: يُدق ويكال.

والثاني: يوزن. وهو الأظهر.

وفي كلام الإمام ما يدل على أن اللبن الخاثر يجوز كيله ووزنه، وألحق الأصحاب

---

(١) في د: وفيه. (٢) سقط في جـ. (٣) في جـ، د: أخصر.
(٤) أخرجه أبو داود (٢/٢٦٨) كتاب البيوع، باب: في الصرف، برقم (٣٣٤٩) بلظ: «مدي بمدي».
(٥) تقدم تخريجه. (٦) سقط في د.

العصير بما يكال، وكذا السمن والعسل عند أبي إسحاق، على ما حكاه الرافعيُّ عنه في السمن، والقاضي أبو الطيب وغيره في العسل.

وفي «الزوائد»: أن أبا إسحاق قال في العسل: «إنه يباع كيلًا، بخلاف السمن» والمنصوص أنهما يوزنان، وتوسط صاحب «التهذيب» [في السمن][1] فقال: «إن كان ذائبًا كان مما يكال، وإلاَّ فمما يوزن[2]».

وقال الماوردي: «إن كان ذائبًا فلا يباع إلاّ كيلًا، وإن كان جامدًا فوجهان:

أحدهما: لا يجوز بيع بعضه ببعض؛ لأن أصله الكيل، وهو متعذر.

والثاني: يجوز وزنًا».

قال: «فإن كان في أحدهما قليل تراب جاز»؛ لأنه يتخلل في المكيال، فلا يظهر أثره، وكذلك قليل التبن.

أمَّا ما يظهر له أثر في المكيال ككثير التراب والتبن، أو كان المخالط قصيلًا - وهو عقد التبن - أو زُوانًا - وهو حب أسود قريب من خلقة الشعير - لم يجز؛ للعلم برجحان المقابل، ولو باع القمح بالقمح، وفي أحدهما قليل شعير لا يقصد مثله، أو شعيرًا بشعير، وفيهما أو أحدهما قليل قمح لا يقصد مثله - لم يضر.

قال: «وإن كان مما يوزن لم يجز بيع بعضه ببعض حتى يتساويا في الوزن»، أي: في علم المتعاقدين حالة العقد؛ لما روى مسلم عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزْنًا بِوَزْنٍ مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَزْنًا بِوَزْنٍ مِثْلًا بِمِثْلٍ، فَمَنْ زَادَ أَوِ اسْتَزَادَ فَهُوَ رِبًا»[3]، ولما ذكرناه من المعنى.

واستدل الماوردي وغيره على اعتبار الكيل فيما يكال بالحجاز في عصره ﷺ، وإن كان يوزن في سائر البلاد، والوزن فيما يوزن بالحجاز في عصره - عليه السلام - وإن كان يكال في سائر البلاد - بما روى طاوس عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «الْمِكْيَالُ مِكْيَالُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، وَالْوَزْنُ وَزْنُ أَهْلِ مَكَّةَ»[4]، وليس هذا القول

---

(١) سقط في جـ. (٢) في د: فيوزن.

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١٢) كتاب المساقاة: باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا، حديث (٨٤/ ١٥٨٨).

(٤) أخرجه عبد بن حميد في المنتخب (٨٠٣)، وأبو داود (٢/ ٢٦٦) كتاب البيوع، باب: في قول النبي ﷺ (٣٣٤٠)، والنسائي (٧/ ٢٨٤) كتاب البيوع، باب: الرجحان في الوزن، والطبراني في =

إخبارًا بانفراد أهل المدينة بالمكيال ومكة بالميزان؛ لأن مكيال غير المدينة، وميزان غير مكة يجوز التبايع به، واعتبار التماثل فيه؛ فعلم أن مراده عادة أهل المدينة فيما يكيلونه، وعادة أهل مكة فيما يزنونه.

وفي «النهاية» أنه يجوز أن يكون معنى الحديث: أن ما تعلق [بالوزن][١] من النُّصُب وأقدار الديات وغيرها فالاعتبار فيها بوزن مكة، وما تعلق بالكيل في زكاة الفطر والكفارات فالمعتبر ما يغلب في المدينة، وليس في الحديث تعرض لأمر الربا، واستدل المحاملي على ذلك بأن الشرع ورد باعتبار المماثلة والمساواة في البيع، ولم يبين الجهة التي يعتبر فيها التساوي، ولا بد فيها من تحديد، ولا حدّ لها في اللغة ولا في الشرع؛ فرجع في تحديده إلى العرف والعادة، وأَوْلى العادات بالاعتبار العادةُ التي كانت في زمنه عليه السلام.

قال: «**فإن كان في أحدهما قليل تراب لم يجز**؛ لأن التراب يظهر في الوزن؛ فلا يعسر الاحتراز عنه في الموزونات، وصور الماوردي المسألة: بما إذا باع ما يوزن من الورق والذهب بعضه ببعض، وفيهما أو في أحدهما يسيرٌ من التراب.

فرع: إذا اتخذ مكيالًا لم يعهد في عصره ﷺ، وكان يَجري التماثلُ به - قال الإمام: الوجه القطع بجواز رعاية التماثل به؛ كما قطع أصحابنا بجواز بيع الدراهم بالدراهم إذا علمنا[٢] بالتساوي في كفتي الميزان، أمَّا إذا لم يجر العرف باستعماله بأن باع مِلْء قصعة بملئها ففيه تردد للقفال، والظاهر الجواز.

والوزن بالماء يتأتى بأن توضع دراهم في طرف، وتلقى على الماء، وينظر إلى مقدار غوصه، ثم يفعل مثل ذلك بمقابله، قال الإمام: ولكن الظاهر أنه لا يكتفى به؛ فإنه ليس وزنًا شرعيًّا ولا عرفيًّا.

[فرع] آخر: لو قال: بعتك هذه الصُّبْرة على أن تكون كل صاع بصاع، وهما لا

= الكبير (١٢/ ٣٩٣) (١٣٤٤٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (٤/ ١٧٠) كتاب الزكاة، باب: ما دل على أن زكاة الفطر إنما تجب صاعًا، وفي (٦/ ٣١) كتاب البيوع، باب: أصل الوزن والكيل بالحجاز، عن عبد الله بن عمر.

ورواه ابن حبان (٣٢٨٣ - الإحسان)، والبزار (١٢٦٢)، والبيهقي (٦/ ٣١) ، وذكره الهيثمي في المجمع (٤/ ٨١) وقال: رواه البزار ورجاله رجال الصحيح، عن ابن عباس.

(١) سقط في جـ.

(٢) في جـ: عدلنا.

يعرفان القدر، وتقابضا في المجلس جزافًا، ثم كالا بعد التفرق: فإن خرجتا متفاوتتين فالزيادة لا تدخل في العقد، [وهل يصح العقد][(١)] [في القدر][(٢)] المتساوي؛ فيه وجهان، [ووجه المنع: أن الكيل في بيع المكايلة من تمام التسليم ولم يوجدا، ولأنهما ماثلا الصبرة بالصبرة، وهما متفاوتتان، وعلى العلة يخرج ما لو خرجتا متساويتين؛ فيكون فيهما وجهان][(٣)].

ولو قال: بعتك الصبرة بالصبرة على أن يكون الصاع بالصاع، وكالا في المجلس - فإن خرجتا متساويتين صحّ، وإلاَّ فوجهان:

أحدهما: أن البيع صحيح. ويقال لمن نقصت صبرته: أترضى بقدر صبرتك، وإلاَّ فُسخ العقد، ولا يقال لمن زادت صبرته: سلّم الزيادة، وهذا ما اختاره ابن [أبي عصرون][(٤)].

والثاني - وهو المذهب في «تعليق» البندنيجي-: أن العقد باطل.

قال: **وإن كان مما لا يكال ولا يوزن**، أي: بل العادة فيه أن يعد كالقثاء والبطيخ في بعض البلاد، والسفرجل والأترج، والجوز والبيض وأجناس ذلك - «**ففيه قولان**»، أي: تفريعًا على القول الجديد، وهو جريان الربا فيها:

«**أحدهما: لا يجوز بيع بعضه ببعض**»؛ لأنه لا سبيل إلى تجويز البيع عددًا؛ فإن فيه تساهلًا - لا يحتمل مثله في باب الربا - والوزن والكيل فيه غير معتاد في عصره - عليه السلام - وبعده، ولا يمكن إلحاقه بالمكيل ولا بالموزون؛ لأن القشر والرطوبة يمنعان العلم بالتساوي - الذي هو شرط العقد - فامتنع بيع بعضه ببعض، وهذا هو الأصح عند الإمام وظاهر المذهب.

قال: «**والثاني: يجوز إذا تساويا في الوزن**»؛ لأن بقاء البيض والجوز والرمان في قشره من مصلحته، والقثاء والبطيخ والسفرجل هذه حالة كمالها؛ فلم يمنع ذلك صحة البيع، كبيع التمر بالتمر وفيه النواة، واللبن باللبن مع ما فيه من الرطوبة، واعتبر الوزن فيها؛ لأنه أحصر[(٥)].

ويجري هذا الخلاف في الخضراوات مثل الجزر والفجل وغيرهما، والمنع فيها

---

(١) سقط في جـ.　(٢) سقط في د.　(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.　(٥) في د: أخصر.

منصوص عليه في «الأم»، وفي الجوز واللوز - حكاه ابن كجٍّ عن الشافعيّ، وألحق الرافعي البيض بهما، ورجح الجواز، وجعل المعيار في البيض الوزن، وكذلك في الجَوْز دون اللَّوْز، وجزم المتولي[(١)] في البيض والجوز إذا كانا صحيحين بجواز بيع بعضه ببعض، وبالمنع فيما إذا كان مكسورًا، أو البعض صحيحًا.

والمذكور في «الحاوي» في مسألة بيع الدجاجة وفي بطنها بيضٌ: أن بيع البيض بالبيض لا يجوز على قوله الجديد، وهو ما حكى الإمام في أواخر الباب بعد حكايته الخلاف الذي ذكرناه أولًا؛ لاتفاق الطرق عليه، وعلى منع بيع الجوز بالجوز.

وحكى قول الجواز وجهًا منسوبًا إلى رواية صاحب «التقريب».

أمَّا ما يكال ويوزن في غير الحجاز، ولا يكال ولا يوزن فيه وجهلنا الحال فيه - فيجوز بيع بعضه ببعض وجهًا واحدًا، ولكن ما المعتبر فيه؟ [هل][(٢)] الكيل أو الوزن؟ الذي حكاه العراقيون وجهان:

أحدهما: أنه يعتبر بالبلد التي فيها البيع؛ فإنه أقرب إليه.

والثاني: أنه يعتبر بأشبه الأشياء به في الحجاز: فإن كان يشبه مكيلًا لم يجز إلاَّ كيلًا، وإن كان يشبه موزونًا لم يجز[(٣)] إلاَّ وزنًا، واختاره في «المرشد»، كما اعتبر ذلك في جزاء الصيد والحيوان الذي لا يعرف أن العرب تستطيبه أو تستحبه، فعلى هذا لو كان شبيهًا بهما فأيهما المعتبر؟ فيه وجهان حكاهما البندنيجي.

وزاد الشيخ أبو حامد في الأصل وجهًا ثالثًا، وقد حكاه ابن الصباغ والقاضي أبو الطيب بدل الوجه الأول: أنه يعتبر فيه عرف أهل الوقت في أغلب البلاد، وهو ما حكاه الماوردي، ولم يحكه غيره، ثم قال: وإن لم يكن للناس فيه عرف غالب، وكانت عادتهم تستوي في كيله ووزنه - فقد اختلف أصحابنا فيه على أربعة مذاهب:

أحدها: يباع وزنًا؛ لأنه أحصر.

والثاني: كيلًا؛ لأن الكيل في المأكول نصٌّ.

والثالث: يعتبر بأشبه الأشياء به.

والرابع: أنه مخير بين الكيل والوزن.

وفي «التتمة»: أنَّه إن كان أكبر جرمًا من التمر، فالاعتبار فيه بالوزن، وإن كان مثله،

---

(١) في د: في المتولي. (٢) سقط في د. (٣) في جـ: يكن.

أو أصغر منه ففيه الوجهان المذكوران أولًا في «الحاوي».

وزاد الإمام عليهما وجه اعتبار العرف الغالب في موضع المعاملة، وعن شيخه وجه التخيير، واستبعده وقال: «لم أره لغيره».

وحكى عن شيخه وعن الصَّيْدلاني وجهًا آخر: أنه يتعين أن يتقدر بما يتقدر به أصله، ثم قال: «ولو منع مانع أصل البيع لاستبهام طريق التماثل لكان أقرب مما ذكرنا، ولكن لا قائل به من الأصحاب».

واعلم أن بعض الشارحين لهذا الكتاب قال: يمكن حمل كلام المصنف على القولين في أنَّ ما لا يكال ولا يُوزن هل يجري فيه الربا كما ذكرنا من قبل؟ وهذا لا يعطيه كلام الشيخ؛ لأمرين:

أحدهما: أنه حكى قولًا في منع البيع مطلقًا، وذلك لا يُوجد في هذه الصورة.

الثاني: أنه قسم ما حرم فيه الربا إلى ثلاثة أقسام هذا ثالثها؛ فلا يحسن أن يكون الخلاف الذي ذكره في أنه هل يجري فيه الربا أم لا، والله أعلم.

قال: «وما حرم فيه التفاضل لا يجوز بيع حَبِّه بدقيقه»؛ لأن دقيق الحنطة مثلًا قمح تفرقت أجزاؤه، فهما جنس واحد كالدراهم المكسَّرة والصِّحاح، ولا يمكن اعتبار التساوي [بالوزن؛ لأن أصله الكيل، ولا يمكن اعتبار التساوي فيه بالكيل؛ لأن النظر إلى التساوي][1] في حال الكمال، كما أشار إليه - عليه السلام - بقوله: «أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إِذَا جَفَّ؟»[2] ورتب المنع - عليه كما سنذكره - وحالة الكمال كونه قمحًا؛

---

(١) سقط في د.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٦٢٤) كتاب البيوع، باب: ما يكره من بيع التمر، حديث (٢٢)، والشافعي (٢/ ١٥٩) كتاب البيوع، باب: في الربا، وأبو داود (٣/ ٦٥٤، ٦٥٥) كتاب البيوع، باب: في التمر بالتمر، حديث (٣٣٥٩)، والترمذي (٣/ ٥٢٨) كتاب البيوع، باب: ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة، حديث (١٢٢٥)، والنسائي (٧/ ٢٦٩) كتاب البيوع، باب: اشتراء التمر بالرطب، وابن ماجه (٢/ ٧٦١) كتاب التجارات، باب: بيع الرطب بالتمر، حديث (٢٢٦٤)، وأحمد (١/ ١٧٩)، والطيالسي (٢١٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٦) كتاب البيوع، باب: بيع الرطب بالتمر، والدارقطني (٣/ ٤٩) كتاب البيوع: (٢٠٤، ٢٠٥)، والحاكم (٢/ ٣٨)، والبيهقي (٥/ ٢٩٤) كتاب البيوع، باب: ما جاء في النهي عن بيع الرطب بالتمر، عن عبد الله بن يزيد؛ أن زيدًا أبا عياش أخبره؛ أنه سأل سعد بن أبي وقاص عن البيضاء بالسلت، فقال سعد: أيتهما أفضل؟ قال: البيضاء، فنهاه عن ذلك وقال سعد: سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن شراء =

لأنه يُدخر كذلك، ويفسده إذا كان دقيقًا، والطحن يحدث بينهما تفاوتًا في الكيل، بحيث يعلم التفاضل بينهما، وذلك ممنوعٌ بالنصِّ؛ فيتعين القول بعدم الصحة، وهذه العلة تعلل جملة المسائل الآتية من هذا النوع وما يقرب منه؛ فيستغني عن إعادتها.

وحكى أبو الطيب بن سلمة وابن الوكيل عن رواية الكرابيسي عن الشافعي قولًا: «أنه يجوز بيع الحنطة بدقيقها كيلًا بكيل»، وجعل الإمام منقول الكرابيسي: أن الدقيق مع الحنطة جنسان، حتى يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلًا.

قال الرافعيُّ: «ويشبه أن يكون منفردًا بهذه الرواية».

قلت: قد وافقه عليها الماوردي، وحكى أنه مذهب أبي ثور؛ فلا انفراد.

وحكى الإمام أيضًا عن رواية ابن مقلاص أن الشافعيَّ جعل السويق مخالفًا لجنس الحنطة؛ لأنه يخالفها في المعنى، والدقيق مجانس للحنطة؛ فإنه حنطة متفرقة الأجزاء، والحنطة دقيق مكسَّر.

قال الإمام: وعلى هذا الخبر يخالف الحنطة، ويجب أن يخالف السويق الدقيق، والمذهب المشهور الذي نصَّ عليه في عامة كتبه: الأول.

ونفى بعضهم أن يكون ما حُكي عن الكرابيسي منقولًا عن الشافعيّ؛ فإنه لم يقل سوى: «قال أبو عبد الله، وأبو عبد الله يحتمل مالكًا، ويحتمل أحمدَ؛ فإنهما مخالفان في ذلك.

وعلى هذا فلا يجوز بيع الحنطة بشيء مما يُتخذ منها كالسويق، والخبز، والنّشا، ولا بما فيه شيءٌ مما يتخذ منها كالمصل؛ ففيه الدقيق والفالوذج وفيه النشا.

واعلم أن السويق الذي أطلقه العلماء هاهنا يكون على ضربين - كما حكاه القاضي أبو الطيب-:

أحدهما: نقيع، وهو أن يُبل بالماء، ثم يُنشر حتى يجفَّ، ثم يقلى ويجرش.

والثاني: مطبوخ، وهو أن يطبخ ثم يجفف، ثم يُقلى ويجرش.

وذلك غير ما نفهمه في بلادنا منه، وإذا كان كذلك فالمنع فيه يتأكد بدخول النار فيه.

= التمر بالرطب؟ فقال رسول الله ﷺ: «أينقص الرطب إذا جف؟»، فقالوا: نعم، فنهى عن ذلك. وقال الترمذي: حسن صحيح. وقال الحاكم: هذا حديث صحيح.

قال: «**ولا بيع دقيقه بدقيقه**»: أمَّا وزنًا فَلِمَا قررناه، وأمَّا كيلًا فللجهل بالتماثل في حال الكمال، ولأن أحدهما قد يكون أنعم فينبسط في المكيال أكثر من الخشن، ويخالف بيع الحنطة الصغيرة الحبة بالحنطة الكبيرة الحبة؛ فإنَّ أجزاء الحب ثَمَّ مجتمعة.

وحكى البويطي، والمزني في «المنثور»، وحرملة قولًا: «أنَّه يجوز [بيع الدقيق بالدقيق كيلًا، وإن امتنع][1] بيع الحنطة بالدقيق؛ كما يجوز بيع الدهن[2] بالدهن، وإن امتنع بيعه بالسمسم؛ فعلى هذا: لا يجوز بيع ما يتخذ من القمح بما يُتخذ منه.

وحكى الشيخ أبو حامد والعراقيون قولًا عن رواية حرملة: أنَّه يجوز بيع الخبز اليابس المدقوق بمثله؛ لإمكان كيله وادخاره.

ورواه الشيخ أبو عاصم العبَّاديُّ وغيره عن رواية ابن مقلاص، واختاره ابن أبي عصرون، ورواه الماورديُّ وجهًا ثم قال: «ولولاه مشهورًا من قول أصحابنا لكان إغفاله أولى؛ لمخالفته النصَّ، [ومنافاته المذهب]».

وبالجملة، فكل قول حكيناه غير ما حكاه الشيخ، قال الإمام: اتفق أئمة المذهب على أنه غير معدود من متن المذهب، وإنما هو من ترددات جرت في القديم، وهي مرجوع عنها.

وحكم السمسم وغيره من الحبوب التي يتخذ منها الأدهان مع طحينتها، وطحينتها مع طحينتها[3] حكم الدقيق، [وكذا الحنطة][4] التي ينحَّى قشرها بالدق والتهريس بعد البل - حكم الدقيق. وأبدى الإمام فيها احتمالًا.

فرع: الحنطة المسوسة، أطلق الأئمة القول بجواز بيعها بعضًا ببعض، وقال الإمام: لعل ذلك قبل أن تتآكل، فأمَّا إذا تآكلت وخلت أجوافها ففيها نظرٌ عندنا، والقياس: القطعُ بالمنع كالحنطة المقلية بمثلها، والحنطة المبلولة بمثلها؛ لما في ذلك من التجافي في المكيال، والحكم في الحنطة المبلولة بعد الجفاف المنعُ أيضًا.

قال: [**ولا**][5] **مطبوخِهِ بمطبوخِهِ** كاللحم المشوي، والدبس، والقُطارة، وعسل القصب، والقند، والسكر، والفانيذ، وكل ما تعقد النار أجزاءه مثل عصير الرمان،

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: الزيت.
(٣) في د: طحنها وطحنها مع طحنها.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.

والتفاح، والسفرجل؛ للجهل بالمماثلة، فإن النار قد تؤثر في أحدهما أكثر من الآخر، أمَّا ما دخلته النار للتمييز فلا يمتنع بيع بعضه ببعض كالذهب والفضة، وكذا السمن وعسل النحل إذا ميَّز منه الشمع بالنار، وظنَّ بعض الأصحاب أنَّ النار تعقد أجزاءه فمنع من بيع بعضه ببعض، كما امتنع بيع بعض الزيت ببعض، والذي عليه سائر الأصحاب الأَوَّلُ، لكن بشرط ألاَّ ينقص من أجزائه شيءٌ، فإن نقص منع، حتى لو أغلى العسلَ المصفى[١] على النار، امتنع بيع بعضه ببعض، وقد حكى الغزالي وغيره من العراقيين في القند، والسكر، والفانيذ واللِّبَأ وجهًا: أنه يجوز بيع بعضه ببعض؛ لأنَّ لتأثير النار فيه غاية يعرفها أهل البصر، وهذا جعله[٢] البندنيجي [ظاهر المذهب في السكر][٣].

وقال الماوردي: «السكر والفانيذ إن أُلقي فيهما دقيق أو غيره فلا يجوز بيع بعضه ببعض، وإلاَّ فينظر: إن أدخلت النار فيهما لتصفيتهما وتمييزهما من غيرهما جاز بيع بعضه ببعض، وإن أدخلت لاجتماع أجزائه وانعقادها فلا.

وكذلك دبس التمر ورُبُّ الفواكه، وقد أُلحق بهذا النوع مصل أقط.

فرع: العسل المصفى بالشمس يجوز بيع بعضه ببعض.

وذهب بعض أصحابنا إلى أنه إن صُفي بها في البلاد المعتدلة الحر لا يجوز بيعه بما صُفي بها في البلاد الشديدة الحر، قال مجلي: «وليس بشيءٍ».

قال: «ولا مطبوخِهِ بِنِيئِهِ».

النِّيء مكسور [النون][٤] مخفف الياء بهمزة ممدودة.

قال: «ولا أصله بعصيره»: كبيع العنب، والرطب، والسفرجل، والتفاح، والرمان بعصيره، وكذا بيع اللبن بالمصل، وجعل الرافعيُّ المنع معللًا بدخول النار فيه، واختلاطه بالدقيق، ويجوز بيع العصير بالعصير، خلافًا للقاضي الحسين، ويجوز بيع خل العنب بعضه ببعض، إذا لم يكن فيه ماء، ولا يجوز بيع خل التمر بمثله، وكذا خل الزبيب بمثله؛ لأن الماء إما ربوي أو يجهل قدره فيهما، وهل يجوز بيع خل الزيت بخل التمر؟ فيه وجهان:

---

(١) في د: للصفِي.
(٢) في د: حكاه.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.

إن قلنا: إن الماء ربوي، امتنع، وإلا فلا، وهذا إذا قلنا: إن الخلول أجناسٌ.

أمَّا إذا قلنا: جنسٌ واحدٌ - كما خرجه [أبو][1] علي بن أبي هريرة قولًا - امتنع وجهًا واحدًا.

ولا يجوز بيع الطحينة بالطحينة، وكذا لا يجوز بيع كسب الشيرج بمثله، وجوَّز أبو علي بن أبي هريرة بيع الكسب بالكسب وزنًا، ووجه المنع: أن أصله الكيل، وفيه ماء وملح؛ فهو من قبيل ما يذكر من بعد. قاله الماوردي.

قال: «**ولا خالصه بمشُوبه**» أي: مثل الدراهم الخالصة بالمغشوشة والحنطة السالمة من القصل والزُّوان بما فيه قصل أو زوان، والسمن بالزبد الذي فيه المخيض، وكل ما لا يقصد المخالط فيه دون ما إذا كان المخالط مقصودًا؛ كبيع عسل النحل بشمعه بمثله؛ فإن المنع منه مأخوذٌ من قاعدة «مد عَجْوَة» لا من هذه القاعدة.

تنبيه: «المَشُوب» - بفتح الميم، وضم الشين-: المخلوط بغيره.

قال: «**ولا مشوبه بمشوبه**» أي: مثل العلس في قشرته أو قشره بمثله، أو بالحنطة، أو الأرز[2] في قشرته بمثله، دون ما إذا كان في قشره الأحمر على رأي أكثر أصحابنا، كما حكاه الماوردي، وكجميع ما ذكرناه من قبل.

وفي الجيلي عن «البحر»: أن الصحيح جواز بيع الأرز بالأرز في قشرته العليا؛ لأن صلاحه فيها، وكذا الباقلاء في قشرته، ويلتحق بهذا القسم بيع الزبد بالزبد؛ إذ لا يخلو أحدهما عن قليل مخيض، وفيه وجهٌ: «أنَّه يجوز، وبه قال ابن أبي هريرة، وهو أصح عند الماوردي؛ لأنَّ ما فيه من بقايا اللبن يسيرٌ غيرُ مقصود، وهذا يليق بمذهب أبي إسحاق؛ حيث اعتبر فيه الكيل.

قال الرافعيُّ: «وعلى الأوَّل لا يجوز بيع الزبد بالسمن»، وهذا يفهم جواز بيعه به على الثاني، وليس كذلك.

ومن هذا القسم دهن البنفسج، والورد، ودهن الزيت، وهو دهن الياسمين إذا طُرح ذلك فيه بعد العصر، أمَّا إذا طيب الحب به، ثُمَّ أُزيل عنه وعصر فلا أثر لذلك.

وألحق أبو إسحاق بهذا القسم الشيرج بالشيرج؛ لما فيه من الملح والماء، وردّ الأصحاب عليه بأنَّ ذلك يخرج مع الكُسْب، وكذا ألحق به بيع اللحم باللحم وفيهما

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: والأرز.

العظم، ووافقه على ذلك المعظم.

وقال الإصطخري: «إن ذلك لا يضر كالنوى»، وهو ما حكاه الماوردي، والقاضي أبو الطيب في «تعليقه» في مسألة «بيع العسل بالعسل»؛ فعلى هذا يجوز بيع لحم الفخذ بالجنب، ولا نظر إلى تفاوت أقدار العظام؛ كَمَا لاَ نظر لتفاوت النوى.

وألحق الماورديُّ باللحم الذي فيه العظم اللحم الذي عليه الجلد الرقيق كجلود الجِداء والدجاج، وحكى فيه الوجهين، وقال: «أمَّا الجلد الغليظ الذي لا يؤكل معه فممتنع بيعه باللحم، وبيع السمك المملوح بمثله ممتنع، وإن كان من سمكة واحدة».

فرع: لو نزع النوى من التمر فهل يجوز بيع بعضه ببعض؟ فيه وجهان، أصحهما المنع، وهو ما حكاه الماوردي في مسألة «بيع العسل بالعسل».

والمشمش والخوخ، منهم من ألحقهما بالتمر، فخرج بيعهما منزُوعَي النوى على الوجهين، ومنهم من ألحقهما باللحم؛ فجوز عند النزع، وأجرى الخلاف في صحة البيع مع البقاء.

قال: «**ولا رَطْبه برطبه**» أي: إذا كانت له حالة جفاف كالرُّطَب بالرطب، والبُسْر بالبسر، والبلح بالبلح، والعنب بالعنب، والحِصْرَم بالحصرم على الأرض، والخبز بالخبز، وجعل الغزالي المنع في الخبز من قاعدة «مد عجوة»؛ لما فيه من الماء والملح، ومقتضى ذلك: أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض بعد جفافه ودقه كما حكيناه من قبل، وهو ما نصَّ عليه الشافعيُّ في الصرف، وفي «شرح التلخيص» للقفال: [أن][(١)] بيع الرطب بالرطب - وكلاهما على وجه الأرض - يخرج على الخلاف فيما إذا كانا على رءوس النخل.

[وقد ألحق بعض الأصحاب بهذا القسم بيع اللحم الرطب باللحم الرطب، وجعل حاله كحاله إذا قُدِّد، ومنع البيع قبلها][(٢)]، وبعضهم حكى فيه قولين، ومحلهما إذا لم يكن مملوحًا، أمَّا ما ليس له حالة جفاف، فإن كان كاللبن جاز بيع بعضه ببعض في حال رطوبته، ولا فرق فيه بين الحليب والذي تغير طعمه وحمض، إذا لم يكن فيه ماء، ولا بين أن يكون أحدهما حليبًا والآخر حامضًا؛ فإنه يجوز، قال القاضي أبو الطيب: «كما يجوز بيع تمر طيب بتمر غير طيب وقد حمض، وحنطة طيبة بحنطة

---

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

تغير طعمها وعفنت».

ومال المتولي إلى منع بيع الحامض بالحامض؛ لأنه ليس على حالة الادخار، ولا على حالة كمال المنفعة؛ فليكن كبيع الدقيق بالدقيق.

وإن كان كالرُّطب الذي لا يُتْمِر، والعنب الذي لا يجيء منه زبيب، فهل يجوز بيع بعضه ببعض؟ فيه القولان اللذان تقدم ذكرهما في الخضراوات، والمنصوص عليه منهما في «الأم» قول المنع، وبه جزم بعضهم، واختيار ابن سريج - كما حكاه الماوردي-: الجواز.

وما تجفف على بذور كالخوخ والمشمش ونحوهما، هل يجوز بيع بعضه ببعض؟ حكى المراوزة فيه ثلاثة أوجه، ثالثها: المنع رطبًا ويابسًا، وبالمنع أجاب القاضي أبو الطيب في الخوخ في حال الرطوبة، وهو الأصح في الجميع عند غيره.

قال الإمام: «ولم يجوِّز أحد من الأئمة بيعه رطبًا ويمنع منه جافًّا. نعم، حكى ذلك في الرطب الذي إذا جفف، لم يبق فيه انتفاع [يحتفل به](1) ؛ فتجتمع فيه أربعة أوجه: هذا، والأوجه الثلاثة المنقولة في المشمش والخوخ.

فرع: الجبن إذا يبس هل يجوز بيع بعضه ببعض؟ فيه قولان:

أحدهما - رواه حرملة-: أنه يجوز وزنًا، وبه قال أبو إسحاق.

والثاني - رواه الربيع، وهو الصحيح-: أنه لا يجوز. واختلف في تعليله، فقال ابن سريج: [«لأن أصله الكيل، وهو فيه متعذر»، وقال غيره: «لأن فيه إنفحة»، فعلى قول ابن سريج] لو دق حتى أمكن كيله يجوز، وعلى قول غيره لا، حكاه في «الحاوي».

قال:«ولا رطبه بيابسه» كبيع الرطب، أو البسر، [أو البلح](2) بالتمر والعنب(3) أو الحصرم بالزبيب.

وقد استدل لذلك بما روى الدارقطني بسنده عن ابن عمر قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَن بَيْعِ الرُّطَبِ بِالْيَابِسِ» (4) وفي سنده موسى وهو ضعيف(5) [ورجل

---

(1) سقط في د. (2) سقط في د. (3) في ج: أو العنب.

(4) أخرجه الدارقطني في السنن (٣/ ٤٨)، رقم (١٩٨).

(5) موسى بن عُبَيْدَةَ بن نشيط بن عمرو بن الحارث الرَّبَذيُّ أبو عبد العزيز المدني.
قال يحيى القطان: كنا نتقي حديث موسى بن عبيدة تلك الأيام، كان بمكة فلم نأته... تهذيب الكمال (٢٩/ ١٠٦١٠٧).

=

صالح][1]، و الذي رواه الشافعي عن سعد بن أبي وقاص أن رسول الله ﷺ سئل عن الرطب بالتمر، فقال: «أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إِذَا جَفَّ؟» قيل: نعم، قال: فَلَا إِذَنْ:»[2].

وفي «تعليق» القاضي الحسين حكاية خلاف فيما إذا باع الرطب على الأرض بالتمر، وفي «الحاوي» أن بيع الطلع بالتمر هل يجوز؟ فيه ثلاثة أوجه، أصحها: ثالثها: وهو الجواز لطلع[3] الفُحَّال دون طلع الإناث.

قال: «إلا في العرايا، وهو بيع الرطب على رءوس النخل بالتمر على وجه الأرض، والعنب في الكرم بالزبيب على وجه الأرض فيما دون خمسة أوسق خَرْصًا».

= قال الجوزجاني: سمعت أحمد بن حنبل يقول: لا تحل عندي الرواية عن موسى بن عبيدة. قال: فقلت: «يا أبا عبد الله، لا تحل؟ قال: عندي، قلت: فإن سفيان يروي عن موسى بن عبيدة، ويروي شعبة عنه يقول: ثنا أبو عبد العزيز الربذي؟ قال: لو بان لشعبة ما بان لغيره ما روى عنه».
وقال أبو زرعة: «ليس بقوي في الحديث»، وقال أبو حاتم: «منكر الحديث». الجرح والتعديل (٨/ ١٥١) رقم (٦٨٦).
وقال البخاري: قال أحمد: منكر الحديث. التاريخ الكبير (٧/ ٢٩١).
وقال معاوية بن صالح والدارمي وابن أبي خيثمة، وأحمد بن أبي مريم، وأبو الوليد ابن الجارود المكي عن يحيى بن معين: «ضعيف».
زاد ابن أبي خيثمة: «إنما ضعف حديثه لأنه روى عن عبد الله بن دينار أحاديث مناكير».
وزاد ابن أبي مريم، وابن أبي الجارود: «إلا أنه يكتب حديثه في الرقاق».
وقال ابن الجنيد عنه: «صالح» وقال في موضع آخر: «ضعيف الحديث».
وزاد ابن الجنيد قال: «ليس بمتروك».
وقال ابن محرز عنه مثل قول ابن الجنيد الثاني.
وقال في موضع آخر: «ليس هو بذاك القوي».
وقال ابن طهمان عنه: ضعيف. وقال أبو يعلى عنه: «ليس بشيء». التاريخ للدوري (٢/ ٥٩٤)، والضعفاء للعقيلي (٤/ ١٦٠-١٦١)، والكامل في الضعفاء لابن عدي (٦/ ٣٣٣-٣٣٦)، وتاريخ الدارمي رقم (٧٣٢)، وسؤالات ابن الجنيد رقم (٤٨٣،٩٧)، وتاريخ ابن محرز رقم (١٨٤،١٧٨)، وسؤالات ابن طهمان رقم (٧٧).
وقال علي بن المديني: «ضعيف يحدث بأحاديث مناكير». الضعفاء ، للعقيلي (٤/ ١٦٠).
وقال النسائي: «ضعيف» وقال مرة: «ليس بثقة». تهذيب الكمال (٢٩/ ١١٢).
وقال الذهبي: «ضعفوه». الكاشف رقم (٥٧١٥).
وقال ابن حجر: «ضعيف ولا سيما في عبد الله بن دينار، وكان عابدًا». التقريب: ت (٦٩٨٩).
وتنظر ترجمته في: تهذيب الكمال (٢٩/ ١٠٤-١١٤)، وتهذيب التهذيب (١٠/ ٣١٨-٣١٩).

(١) سقط في د.

(٢) تقدم، وفي د: إذا يبس: قالوا: نعم، فنهى عن ذلك.

(٣) في ج: بطلع.

العرايا: جمع عَرِيَّة، والعَرِيَّة في اللغة: ما تفرد بذاته، وتميز عن غيره، وسمي ساحل البحر: العراء؛ لأنه قد خلا من النبات، وتميز عن غيره من الأرض؛ فكأن [بيع] العرايا في النخل والكرم أن يفرد عما سواه بالبيع أو الهبة أو الأكل حتى يصير مميزًا من الجملة.

وهي «فعيلة» بمعنى «فاعلة».

وقيل: بمعنى «مفعولة»، والمراد بها عند الشافعي ما ذكره.

والأصل في جواز ذلك: ما روي مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ رخص في بيع العرايا بخرصها دون خمسة أوسق، أو في خمسة. وذلك يشمل الرطب والعنب[١].

ويدلُّ على جوازه فيهما أيضًا: ما روى عن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ رَخَّص في العرايا[٢].

والعرايا بيع الرطب بالتمر، والعنب بالزبيب، وهذا قول البصريين من أصحابنا، وذهب ابن أبي هريرة وطائفة من البغداديين إلى أن النص ورد في النخل، والكرم مقيسٌ عليه، وقد يستدل لهم بما روى الترمذي عن زيد بن ثابت أنَّ رجالًا [محتاجين][٣] من الأنصار شكوا إلى النبي ﷺ أن الرطب يأتي؛ فرخص لهم رسول الله ﷺ أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي كان بأيديهم[٤].

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٣٨٧) كتاب البيوع، باب: بيع الثمر على رءوس النخل بالذهب أو الفضة، الحديث (٢١٩٠)، وفي (٥/ ٥٠) كتاب المساقاة، باب: الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل، الحديث (٢٣٩٢)، ومسلم (٣/ ١١٧١) كتاب البيوع، باب: تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، الحديث (٧١/ ١٥٤١).

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ٣٧٧) كتاب البيوع، باب: بيع الزبيب بالزبيب، الحديث (٢١٧٣)، ومسلم (٣/ ١١٦٩) كتاب البيوع، باب: تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، الحديث (٦٠/ ١٥٣٩) عن زيد بن ثابت.

(٣) سقط في د.

(٤) قوله: وذهب ابن أبي هريرة وطائفة من البغداديين إلى أن النص في العرايا ورد في التمر، وقيس عليه الكرم، وقد يستدل لهم بما روى الترمذي عن زيد بن ثابت أن رجالًا محتاجين من الأنصار شكوا إلى النبي ﷺ أن الرطب يأتي؛ فرخص لهم رسول الله ﷺ «أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي كان بأيديهم». انتهى كلامه.

واعلم أن ما نسبه المصنف إلى الترمذي قد سبقه إليه ابن التلمساني في «شرح التنبيه» فقلده فيه، =

[وعلى هذا يعرض إشكال في جوازه؛ لأنّ مسلمًا روى عن ابن عمر أنه - عليه السلام - نهى عن المزابنة[١] والمزابنة: بيع ثمر النخل بالتمر كيلًا، وبيع الزبيب بالعنب كيلًا، وعن كل تمر بخرصه، وهذا نص، والقياس في الرخص لا يجوز.

وجوابه: أن الصحيح من مذهب الشافعيّ جواز القياس في الرخص إذا عقل المعنى، وهو هنا معقول.

فإن قلت: قياس قوله: إن القياس في الرخص لا يجوز مطلقًا، أن يمتنع هاهنا بيع العنب بالعنب بناء على ما نحن فيه.

قلت: لعل الشافعي حيث كان يقول بذلك كان يقول: إن قول الصحابي حجةٌ، والصحابي فقد فسر الجواز العرية بالرطب والعنب؛ فلا جرم لم يختلف قوله في جواز بيع العنب بالعنب، والله أعلم][٢].

قال: «**وفي خمسة أوسق - قولان**»:

فأحد القولين: أنه يجوز، وهو المنصوص عليه في «الأم»، والأظهر عند الغزالي؛ لما روى الشافعيُّ بسنده عن جابر أن رسول الله ﷺ «نَهَى عَنْ الْمُزَابَنَةِ»[٣]، والمزابنة: بيع التمر بالتمر، إلاَّ أنه أرخص في العرايا، وهذا الإطلاق يقتضي تعميم الجواز، لكنه خصّ فيما فوق الخمسة أوسق بالاتفاق؛ فبقي على إطلاقه فيما عداه.

= والترمذي لم يذكر فيما رواه عن زيد بن ثابت أن ذلك كان بسؤال المحتاجين، ولفظه: عن زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ «نهى عن المحاقلة والمزابنة، إلا أنه قد أذن لأهل العرايا أن يبيعوها بمثل خرصها».

قال أبو عيسى: هذا حديث ثابت. ثم رواه عنه من طريق آخر، ثم قال: وهذا أصح من الأول. ورواه - أيضًا - من طريق ثالث عنه، ولفظه: «أرخص في بيع العرايا بخرصها»، ثم قال: هذا حديث حسن صحيح. وقال: ومعنى هذا عن أهل العلم أن النبي ﷺ أراد التوسعة عليهم في هذا؛ لأنهم شكوا إليه، وقالوا: لا نجد ما نشتري من الرطب إلا بالتمر؛ فرخص لهم فيما دون خمسة أوسق أن يشتروها فيأكلوا رطبًا. هذا كلام الترمذي، وقد ذكره المصنف في المطلب على الصواب. [أ و].

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٣٨٤) كتاب البيوع، باب: بيع المزابنة، الحديث (٢١٨٥)، ومسلم (٣/ ١١٧١) كتاب البيوع، باب: تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، الحديث (٧٢/ ١٥٤٢).

(٢) سقط في د.

(٣) أخرجه الشافعي في المسند (ترتيب) (٢/ ١٥١) رقم (٥٢١)، والبخاري (٥/ ٣٢٦) كتاب المساقاة، باب: الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل، برقم (٢٣٨١)، ومسلم (٣/ ١١٧٤) كتاب البيوع، باب: النهي عن المحاقلة والمزابنة، برقم (٨١/ ١٥٣٦).

وفي الجيلي حكاية وجه فيما زاد على خمسة أوسق: أنه يجوز.

والثاني - وهو المنصوص عليه في «الصرف»، والأظهر عند الجمهور-: أنه لا يجوز؛ لما روى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: «لَا صَدَقَةَ فِي الْعَرِيَّة»(١) والخمسة نصاب تجب فيها الصدقة؛ فلم يجز أن تكون من جملة العرية. كذا استدل الماوردي؛ ولأن النهي عن المزابنة معلوم محقق، والرخصة في قدر الخمسة أوسق مشكوك فيها من داود بن الحصين الراوي عن أبي هريرة؛ فرجعنا إلى الأصل.

وفي «تعليق» القاضي الحسين أنّ الشيخ كان يقول: «القولان في الخمسة أوسق حقيقتها أن تحريم المزابنة كان والنهي عنها ورد أوَّلًا واستقر، ثم وردت رخصة العرية، أو وردا مقرونين معًا، وكان فيه احتمالان:

أحدهما - وهو الأظهر-: أن يكون ورد النهي أوَّلًا واستقر التحريم، ثم وردت رخصة [العرية، وسبب تعليق القول فيه شك الراوي؛ فعلى هذا لا يجوز البيع للشك في الرخصة](٢) وتيقن التحريم.

والثاني: أن يكونا وردا معًا؛ فعلى هذا يجوز لوقوع الشك في قدر المحرم.

وهذا إذا ورد عليها العقد مع واحد، فإن عقدها مع رجلين، فيجوز فيما دون العشرة، ولا يجوز فيما فوق العشرة، وفي العشرة القولان، ولو اشترى الواحد من رجلين أكثر من خمسة أوسق في عقد واحد وأقل من عشرة، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأنّ ذلك في حكم عقدين؛ فيصير كما لو اشترى من كل منهما في عقد دون خمسة أوسق؛ فإنه لا نزاع في جوازه، وهذا هو الأصح، ولم يحك الماوردي سواه.

والثاني - وهو اختيار صاحب «التلخيص»-: المنع؛ نظرًا إلى كونه دخل في ملكه في الوقت الواحد أكثر من خمسة أوسق.

«تنبيه»: إطلاق الشيخ جواز بيع العرايا من غير أن يفرق بين الغني والفقير يعرفك أنه لا فرق بينهما، وهو المذهب؛ لإطلاق الخبر، وفي الغني قول - ذكره في «الإملاء» و«اختلاف الحديث»، واختاره المزني-: أنه لا يجوز [له](٣) ؛ لخبر زيد،

---

(١) ذكره ابن عبد البر في التمهيد (٢/ ٣٣٦).

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في د.

ومن قال بالأوّل قال: هذه حكمة شرعيّة.

ثم قد يعم الحكم كما في الرَّمل والاضطباع في الطواف وغيرهما.

والمراد بـ«الخمسة أوسق» أن يكون الرطب المبيع إذا جفف بلغ خمسة أوسق، لا أن يكون في حال رطوبته خمسة أوسق.

قال الماوردي: ويكفي في التخريص واحد؛ لأنه قائم مقام الكيل، والكيل يكفي فيه واحد؛ فكذلك هذا، بخلافه في الزكاة على أحد الوجهين؛ فإنه لا بد من اثنين.

ثم إطلاق الأئمة «ما دون خمسة أوسق» يشعر بأنه يكفي ما ينطلق عليه الاسم، ويؤيده قول الماوردي: «إنه يكفي نقصان ربع مد».

قلت: وكان لا يبعد أن يتخرج هذا على أن الخمسة أوسق في الزكاة تحديد أم تقريب؟ وفي ذلك خلاف، فإن قلنا: إنها تحديد، كفى في النقص عنها ما ينطلق عليه الاسم، وإن قلنا: إنها تقريب، فقد حكى مجلي عن العراقيين: أنه لا يضر نقصان خمسة أرطال، وعلى هذا فينبغي أن يكون النقص أكثر من خمسة أرطال، خصوصًا إذا عللنا بحديث أبي سعيد الخدري، والله أعلم.

ولا يخفى أن اشتراط التقابض شرط في هذا العقد، وهو في الرطب على رءوس النخل التخلية.

وقول الشيخ: إلاَّ في العرايا، وهو بيع الرطب على رءوس النخل فيه مناقشة؛ فإنه جزم بتحريم بيع الرطب باليابس إلاَّ في العرايا، وفسرها بما ذكر، وذلك يقتضي عدم جواز بيع ما سوى الرطب، وليس كذلك، بل حكم البسر الذي بدا صلاحه في هذا المعنى حكم الرطب، صرح به الماورديُّ، وكذا يجوز بيع الرطب على الأرض بالتمر؛ بناءً على أن الخرص أصلٌ، كما حكاه الإمام.

وهذا قد يجاب عنه: بأن الشيخ يرى عدم الصحة؛ اقتصارًا على مورد النص، كما حكاه الإمام أيضًا، وادعى المحاملي نفي الخلاف فيه.

واعلم أنه لا بد مع ما ذكرناه [من][1] ملاحظة ما قيل فيما إذا باع ما تعلق للفقراء به حقٌّ، ومحله [في][2] كتاب الزكاة.

---

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

فروع:

بيع الرطب على رءوس النخل أو في الأرض بالرطب على رءوس النخل هل يجوز؟ فيه أربعة أوجه:

أحدها - وهو الذي قاله الماورديُّ: «إنه مذهب الشافعي».

وبه قال أبو سعيد الإصطخري-: أنه لا يجوز.

والثاني - وبه قال أبو علي بن خيران-: أنه يجوز، لكن الرطب الذي على رءوس النخل يخرص، والذي على الأرض يكال.

والثالث - وبه قال أبو إسحاق المروزي-: إن اختلف النوعان جاز، وإلَّا فلا.

وحكى الماوردي وأبو حامد عنه: أنه لا يجوز بيع رطب على رءوس النخل برطب على الأرض، وأما بيع رطب على رءوس النخل: برطب على رءوس النخل، فإن كانا نوعًا واحدًا لم يجز، وإن كانا نوعين جاز.

والرابع - وبه قال أبو علي بن أبي هريرة-: يجوز بيع الرطب على الأرض بالرطب على رءوس النخل، وكذلك يجوز بيعه بما على رءوس النخل [أيضًا][1] إن كانا من نوعين، ولا يجوز إذا كانا من نوع واحد.

[الفرع] الثاني: إذا جفف الرطب [المبيع،][2] وظهرت زيادة على قدر الخرص - نظر: إن كان قدر ما يقع بين الكيلين لم يضر، وإن كان أكثر فالعقد باطل.

وفيه وجه: أنه يصح من الكثير بقدر القليل، ولمشتري الكثير الخيار.

والثالث: إذا باع بأكثر من خمسة أوسق بطل العقد.

قال الماوردي: «فإن قيل: هلا أبطلتموه فيما زاد على الخمسة، وجوزتموه في الخمسة» أي: بناءً على تفريق الصفقة؟

قيل: لأنه بالزيادة على الخمسة قد صار مزابنة، والمزابنة كلها فاسدة.

قال: «**وفيما سوى الرطب والعنب من الثمار**».

أي: التي تجفف كالمشمش والخوخ ونحوهما إذا منعنا بيع الرطب منها بالرطب «**قولان**»:

أصحهما، وهو الذي ادّعى الماوردي أنه مذهب الشافعي-: أنه لا يجوز؛ لأنها

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في د.

متفرقة مستورة بالأوراق؛ فلا يتأتى الخرص فيها، وثمرة النخل والكرم متدلية ظاهرة.

والقول الثاني - وهو ما أخذ من قول الشافعي في البيوع [الكبير من «الأم»][(١)]: ولو قال قائل: بجواز التحري فيها كان مذهبًا-: أنه يجوز بالقياس على الكرم والنخل.

قال الماورديُّ: وامتنع بعضهم من تخريج القولين؛ لمباينتها النخل والكرم بما ذكرناه، ووجوب الزكاة، وحصول الاقتيات.

قال: «**وما حرم فيه الربا لا يباع الجنس الواحد بعضه ببعض، ومع أحد العوضين جنس آخر يخالفه في القيمة كمد عجوة ودرهم [بمدَّيْ عجوة]**[(٢)]».

الأصل في تقرير هذه القاعدة: ما روى مسلم عن فضالة بن عبيد أنه قال: «أُتِيَ رسول الله ﷺ عام خيبر بقلادة فيها خرز مغلَّفة بذهب ابتاعها رجل بسبعة دنانير أو بتسعة، فقال - عليه السلام-: «لَا، حَتَّى يُمَيِّزَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا»، فقال: إنما أردت الحجارة، فقال عليه السلام: «لَا، حَتَّى يُمَيِّزَ بَيْنَهُمَا»[(٣)] قال فضالة: فرده حتى ميز بينهما[(٤)].

وعنه قال: اشتريت يوم خيبر قلادة باثني عشر دينارًا، فيها ذهب وخرز ففصلتها، فوجدت فيها أكثر من اثني عشر دينارًا، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: «لَا تُبَاعُ حَتَّى

---

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١٣) كتاب المساقاة، باب: بيع القلادة فيها خرز وذهب، الحديث (٨٩/ ١٥٩١).

(٤) قوله: والأصل في تقرير هذه القاعدة - أي قاعدة «مد عجوة» - ما روى مسلم عن فضالة بن عبيد أنه قال: أُتِيَ رسولُ الله ﷺ عام خيبر بقلادة فيها خرز مغلفة بذهب ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو بسبعة، فقال - عليه الصلاة والسلام-: «لا؛ حتى تميز بينه وبينها» فقال: إنما أردت الحجارة، فقال - عليه الصلاة والسلام-: «لا؛ حتى تميز بينهما» قال فضالة: فرده حتى ميز بينهما. انتهى كلامه.
واعلم أن قوله في الحديث: «إنما أردت الحجارة...» إلى آخره، فيه دلالة على بطلان العقد - أيضًا - إذا كان المقصود هو الجنس الآخر، وهو حجة لنا على أبي حنيفة في تجويز العقد والحالة هذه. إذا علمت ذلك، فاعلم أن هذه الزيادة لم يخرجها مسلم في صحيحه؛ فإنه روى الحديث عن فضالة بن عبيد من ثلاث طرق دون الزيادة المذكورة، وبغير هذا اللفظ أيضًا:
أحدها: قال: أُتي النبي ﷺ وهو بخيبر بقلادة فيها خرز وذهب - وهي من الغنائم - تباع فأمر النبي ﷺ بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده، ثم قال لهم ﷺ: «الذهب بالذهب وزنا بوزن» هذا لفظ مسلم.
والطريق الثاني والثالث بمعنى ذلك.
وأما الحديث الذي رواه المصنف فرواه أبو داود بلفظه وبزيادته، ولم يضعفه؛ فيكون حسنًا أو صحيحًا على ما علم من شرطه. [أ و].

تُفْصَلَ»[١] زاد الدارقطني: قال: إنما أردت الحجارة، قال: «لَا حَتَّى تُمَيِّزَ بَيْنَهُمَا».

وفي رواية لأبي داود: «إِنَّمَا أَرَدْتُ التِّجَارَةَ»، وزاد: قال: فردّه حتى ميز بينهما.

وقد ورد حديث فضالة بألفاظ مختلفة، وما ذكرناه أوَّلًا هو عين المسألة.

والمعنى فيه: أن قضية العقد إذا اشتمل أحد طرفيه على حالين مختلفين وزع ما في الطرف الآخر عليهما باعتبار القيمة، يشهد لذلك مسألة: الشقص، والسيف، وتلف أحد العبدين قبل القبض، ورده بالعيب، وبيعه مرابحة، وإذا كان كذلك اقتضى التفاضل أو الجهل بالتماثل، وكل منهما مانع من صحة العقد.

ومثال ذلك: أن المد الذي مع الدراهم إذا كانت قيمته درهمين مثلًا، فيكون ثلثي ما في هذا الطرف، فيقابله ثلثا المدين من الطرف الآخر؛ فيصير كأنه باع مدًا بمد وثلث؛ ولذلك إذا كانت قيمته نصف درهم مثلًا فهو ثلث ما في [هذا][٢] الطرف فيقابله ثلث المدين من الطرف الآخر؛ فيكون كأنه قابل مدًّا بثلثي مُد.

وفي هاتين الصورتين حصلت المفاضلة، وإذا كانت قيمته درهمًا فلا مفاضلة؛ لأن مقابله من الطرف الآخر مد، لكن التقويم حدس وتخمين قد يكون صوابًا وقد يكون خطأً، وذلك هو الجهل بالمماثلة المعتبرة في مال الربا؛ فإنه راعى فيها اليقين، وهذه الحالة كلام الشيخ يفهم الصحة فيها، ولم أعثر فيه على نقل يوافقه، ثم هذه الطريقة مطردة فيما إذا باع مدًّا ودرهمًا بدرهمين، لكن التفاضل أو الجهل بالتماثل يجيء من طرف الدراهم فيما إذا باع صاع حنطة وصاع شعير بصاعين من حنطة أو من شعير، وفيما إذا باع مد عجوة وثوبًا بمدي عجوة، وغير ذلك، وفيما إذا باع مد عجوة ودرهمًا بمد عجوة ودرهم؛ فإن قيمة الدين متى كانت متفاوتة حصل التفاضل، ومتى كانت متساوية حصل الجهل بالتماثل على النحو الذي ذكرناه؛ لأن غاية الأمر أن يكون المدان من نخلة واحدة، والدرهمان من صكة [واحدة، وذلك قد يختلف أيضًا، وذهب بعض أصحابنا إلى أن المدين إذا كانا من نخلة واحدة، والدرهمين من صكة واحدة][٣] أنه يجوز، وإليه ذهب القاضي أبو الطيب في «تعليقه»، وحكي عن القاضي

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١٣) كتاب المساقاة، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب، الحديث (٩٠/ ١٥٩١).

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في د.

الحسين أيضًا، وقال الروياني في «البحر»: إنه المذهب، وغلط من قال غيره. وقد أفهم [(١)] أن عنه احترز الشيخ بقوله: «يخالفه في القيمة»؛ فإن مقتضاه في صورة الكتاب: أن الأمداد إذا كانت من نخلة واحدة أن العقد يصح، وأنت إذا تأملت ما ذكر علمت أنّ هذا ليس مقتضاه.

وحكى المتولي في مسألة الكتاب أن العقد يبطل في المد المضموم إلى الدرهم، وفيما يقابله من المدين، وفي الدرهم وفيما [(٢)] يقابله من المدين قولًا تفريقِ الصفقة، وعلى قياس هذا فيما لو باعهما بدرهمين يبطل العقد في الدرهم وما يقابله من الدرهمين، [وفي المد وما يقابله من الدرهمين] [(٣)] القولان.

فإن قيل في أصل المسألة - ما أبداه الإمام اعتراضًا-: العقد لا يقتضي في وضعه توزيعًا مفصلًا، بل مقتضاه مقابلة [(٤)] الجملة بالجملة، أو مقابلة [(٥)] الجزء الشائع مما في أحد الشقين بمثله مما في الشق الآخر، بأن يقال: ثلث ومدٌّ، وثلث درهم يقابل ثلثي المدين، ولا ضرورة إلى تكلف توزيع يؤدي إلى التفاضل، وإنما يصار إلى التوزيع المفصل في مسألة الشفعة لضرورة الشفعة؛ فالوجه التعليل بعدم تحقق المماثلة فإنا تعبدنا بالمماثلة تحقيقًا.

قيل في جوابه: أليس قد ثبت أن التوزيع المفصّل في مسألة الشفعة يثبت للضرورة، ولولا كونه قضية العقد لكان ضم السيف إلى الشقص من الأسباب الدافعة لها؛ فإنها قد تندفع بأسباب وعوارض، وأيضًا فإنه لا ضرورة في مسألة المرابحة، وقد جاز توزيع الثمن عليهما بالقيمة.

تنبيه: العجوة نوع من التمر، قال الجَوْهَرِيُّ: «وهو من أجود تمر المدينة، ونخلها يسمى لِينةً».

قال الأزهري: «والصيحاني الذي يحمل من المدينة من العجوة».

واعلم أن عبارة الغزالي في ضبط هذه القاعدة قد نوقش فيها من حيث إنه قال: «إن الصفقة مهما اشتملت على مال الربا من الجانبين، واختلف الجنس من الجانبين، أو من أحدهما فالعقد باطل»، وليس كذلك؛ فإن الصفقة إذا اشتملت على ذهب

---

(١) في د: فهم. (٢) في د: ما. (٣) سقط في د.
(٤) في د: ما يقابل. (٥) في د: ما يقابله.

وفضة في جانب، وحنطة وشعير في جانب، أو على حنطة وشعير في جانب، وتمر في جانب، أو تمر وملح - كان ذلك جائزًا.

وطريق الجواب[١] عنه: أنه أراد مال ربا الفضل؛ لقرينة السياق.

قال: **ولا يباع نوعان مختلفا القيمة من جنس واحد بنوع واحد منه متفق القيمة كدينار قاساني، ودينار سابوري بقاسانيَّيْنِ أو بسابوريَّيْن، وكدينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين أو بدينارين قراضة**؛ لما قررناه من مقتضى التوزيع؛ فإنه يفضي في هذين المثالين إلى تحقُّق المفاضلة.

وفي «البيان» و «الإبانة» حكاية وجه عن بعض أصحابنا موافق لمذهب أحمد: أنه يجوز في هذين المثالين، ولا يضر اختلاف النوع والصفة، كما في بيع التبر بالمصوغ، والجيدين بالرديئين، ووافقهما صاحب «التقريب» في بيع الصحاح أو المكسرة بالصحاح أو المكسرة، وجعل صاحب الصحاح مسامحًا بصفة الصحة؛ استدلالًا بأنَّ الناس لم يزالوا يبتاعون الدراهم بالدراهم، والدنانير بالدنانير، وهي تشتمل على الصحاح والمكسرة، واختلاف الأنواع، ولم يتكلفوا تمييز بعضها عن بعض، وأجرى الفوراني الخلاف فيما إذا باع [دينارًا صحيحًا ودينارًا مكسورًا بدينار صحيح وبدينار مكسور، وفيما إذا باع][٢] رديئًا وجيدًا برديء وجيد، وفيما إذا باع صيحانيًّا وبرنيًّا بصيحانيين أو برنيين، أبو بصيحاني وبرني، والمذهب الأول.

ومن هذا القبيل مسألة المراطلة، وهي إذا باع مائة دينار عتق ومائة دينار مروانية بمائتي دينار وسط؛ فإنه لا يصح العقد، كما نص عليه الشافعي.

قال الإمام: «وقياسي يقتضي القطع بصحة العقد، ولم أر أحدًا من الأئمة يشير إلى خلاف فيها، وهو رأي رأيته، وهو خارج عن مذهب الشافعيّ وأصحابه وصاحب «التقريب»؛ حيث جعل صفة الصحة مسامحًا بها احترز عن هذه المسألة؛ لأن معنى المسامحة لا يتحقق فيها؛ لمقابلة الجيد والرديء بالوسط، وإذا لم يتحقق اقتضى العقد من الشقين طلب المغابنة، وهو يقتضي التوزيع المفضي إلى التفاضل لا محالة، وإلى هذا المعنى أشار الغزالي بقوله: «وكان إمام الحرمين يخالف المذهب في مسألة المراطلة، ويبطل التعليل بالتوزيع - أي فيها وفي غيرها - ويعلل [بالجهل

---

(١) في د: الجواز.

(٢) سقط في د.

بالممثالة](١)، وذلك يجري عند اختلاف الجنس، أي التعليل بالجهل بالمماثلة، أمَّا في هذه المسألة فلا؛ لأن المماثلة معلومة.

تنبيه: تقييد الشيخ المسألة باختلاف القيمة في النوعين، وكذلك ابن الصباغ - يظهر منه أن النوعين لو اتفقت قيمتهما صح العقد، وقد نظر أنه مستمد مما ذكرناه أولًا عن اختيار أبي الطيب، فإنه جعل وجه الصحة ثمَّ لكونه علم القيمة قبل العقد، وذلك بعينه موجود هنا، وأنه يظهر أن يجيء فيه قول عدم الصحة أيضًا، بل من طريق الأَوْلى؛ لأن ثمر النخلة واحدة والصكة واحدة، وهنا النوعان مختلفان، وإن استوت قيمتهما فهي حدس، وفيه ما ذكرته، وتقييده النوع الأخير بكونه متفق القيمة؛ لدفع توهم يعرض من كونه قيد النوعين بالاختلاف، وإلا فلا فرق بين أن يكون متفق القيمة أو مختلفها.

آخر: القاساني والسابوري - بسين مهملة فيهما - منسوبان إلى بلدين في العجم، و«قاسان» في لسان العجم «كاسان»، وهو قريب من «سَمَرْقَنْد»، والسابور معروف، ويقال له في لسان العجم: «نيسابور».

القُراضة: - بضم القاف - قطع الذهب والفضة.

وقوله: «قراضة» منصوب.

فروع:

لو باع صاعًا من رديءٍ وجيد، وكانا مخلوطين بمثله، أو بجيد، أو رديء - جاز؛ لأن التوزيع إنما يكون عند تميز أحد العوضين عن الآخر، أمَّا إذا لم يتميز فهو كما لو باع صاعًا وسطًا بجيد أو رديء، قاله الرافعي:

ولو ميز الصغار من الكبار [نوع واحد من التمر، فباع صاعًا من الصغار، وصاعًا من الكبار،](٢) بصاع من الكبار وصاع من الصغار - كان كما لو باع مد عجوة ودرهمًا بمد عجوة ودرهم، والدرهمان من صكة واحدة، والمدان من نخلة واحدة.

وإذا لم يميز بين الصغار والكبار، ولكن أراد أن يبيع صاعين بصاعين - فلا شك أنه قد اشتمل كل عوض على الصغار والكبار، وقد اختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: إذا كان بين أحد العوضين تفاوت، فلا يصح العقد، وإن لم يكن

(١) في د: بالمماثلة. (٢) سقط في د.

متميزًا، وهذا اختيار القاضي الحسين.

ومنهم من قال: ينظر في ذلك: فإن كانت الصغار ظاهرة فيما[(١)] بين الكبار؛ بحيث يبين ذلك للناظر من غير تأمل، فلا يصح العقد، وإن لم يكن ظاهرًا صح، وصار كما لو باع أرضًا [فيها][(٢)] معدن ذهب بذهب إن كان المعدن ظاهرًا لم يصح، وإن كان غير ظاهر صح.

وتظهر فائدة الاختلاف في الأصل فيما لو باع صاعين بدرهمين، ثم خرج أحد الصاعين مستحقًّا - أنه لا يستحق درهمًا بإزائه، وإنما يسترد ما يقابله باعتبار القيمة، كذا حكاه ابن التلمساني في «شرحه».

وفي «التهذيب» حكاية وجه فيما إذا ظهر في الأرض معدن ذهب، وقد باعها بالذهب: أنه لا يصح؛ كما لو باع بقرة بلبن بقرة، وكانت البقرة لبونًا؛ فإنه لا يصح إذا باع دارًا مموهة بالذهب: فإن تحصل منه شيءٌ بالعرض على النار حرم، وإلاَّ فيجوز.

قال: «**ولا يجوز بيع اللبن**» - أي: لبن شاة، أو ما يعمل منه - «**بشاة في ضرعها لبن**» أي: مقصود؛ لأن اللبن في الضرع يأخذ قسطًا من الثمن بدليل أنه - عليه السلام - أوجب في مقابلته في المصراة عند الرد صاعًا من التمر، وإذا أخذ قسطًا من الثمن كان من صور[(٣)] «مد عجوة».

وفي «الجيلي» حكاية وجه: أنه يجوز، ويمكن أن يكون مأخذه ما حكاه الغزالي في المصراة: أن اللبن في الضرع لا يقابله قسط من الثمن على رأي.

أما إذا كان اللبن لبن بقرة مثلًا، فإن قلنا: إن الألبان جنس واحد، فكذلك الحكم.

وإن قلنا: إنه أجناسٌ، وفرعنا على المذهب - فيتخرج على قولَيْ تفريقِ الصفقة في الحكم؛ لأن ما يقابل اللبن الذي في الضرع من اللبن الذي في الإناء يشترط فيه التقابض، [وما يقابل الشاة من اللبن الذي في الإناء لا يشترط فيه التقابض][(٤)].

ولو باع شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن لم يصح، خلافًا لأبي الطيب بن سلمة؛ فإنه جوز ذلك، كما في بيع السمسم [بالسمسم][(٥)] وسلم الحكم في بيع اللبن بالشاة، وشبهه ببيع الدهن بالسمسم.

---

(١) زاد في د: إذا. (٢) سقط في ج. (٣) في د: صورة.
(٤) سقط في ج. (٥) سقط في د.

وفي «الوسيط» نسبة المنع في بيع الشاة وفي ضرعها لبن بمثلها إلى أبي الطيب بن سلمة، والصحيح عنه ما حكيناه، كما هو في «البسيط» و«الشامل» وغيرهما.

ولو باع دارًا فيها بئر ماءٍ، وفيه الماء بمثلها، وقلنا: إنه يملك في البئر كما يملك إذا وضع في الإناء - كما ذهب إليه بعض أصحابنا، على ما حكاه الماوردي، وهو المنصوص في القديم، وحرملة، كما حكاه غيره - وأدخلا الماء في العقد، وكان معلومًا لهما، وله قيمة:

فإن قلنا: إن الماء غير ربوي، صح العقد.

وإن قلنا بجريان الربا فيه، لم يجز، قال الماوردي: «إلاَّ أن يكون مِلْحًا فيجوز؛ لأن الماء المِلْح غير مشروب، ولا ربا فيه».

وفي «الشامل»: حكاية خلاف أبي الطيب بن سلمة فيه، وهو ما جزم به البغوي، وجعله تبعًا للدار، وهذا يدلُّ على أنه يندرج تحت مطلق البيع، وقد صرح به الغزالي وجهًا كالثمار غير المؤبرة، واختاره ابن أبي عصرون.

أمَّا إذا لم يدخلا الماء في العقد فهو باقٍ على ملك البائع إذا كانت له قيمته، قاله الشيخ والمتولي، فعلى هذا لا يصح العقد؛ لاختلاط المبيع بغيره.

وإذا قلنا: إنه لا يملك إلاَّ بالأخذ والإجارة، وإنما له حقُّ منع الغير من التصرف فيه، كما ذهب إليه جمهور الأصحاب، وهو ظاهر مذهب الشافعيّ في «الحاوي» - فهذا الحق قد انتقل إلى المشتري، والعقد صحيح.

فرع: لو باع دجاجة فيها بيض ببيض، فإن قلنا: إن الحمل لا يقابله قسط من الثمن، صح، وإن قلنا: يقابله قسط من الثمن، لم يصح [البيع][(١)]؛ لأن بيع البيض بالبيض لا يجوز على الجديد، قاله الماورديُّ، والموجود في «تعليق» أبي الطيب الجزم بعدم الصحة من غير بناء.

قال: «**ولا يجوز بيع اللحم بحيوان مأكول**» أي: سواء كان من جنس اللحم، أو لا من جنسه، خلافًا للمزني.

---

(١) سقط في جـ.

لنا: ما روى أبو داود عن سعيد بن المسيب «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ»[(١)]، وهو عامٌّ، يشمل ما هو من جنسه وغير جنسه.

فإن قيل: هذا مرسلٌ؛ فلا حجة فيه.

قيل: قد أسنده الترمذي عن رواية زيد بن سلمة الساعدي، والبزار عن رواية ابن عمر، لكن لفظه: «ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَان بِاللَّحْمِ»، على أنَّ الشافعيَّ رأى في القديم الاستدلال بمراسيله؛ لأنه قيل: إنه لم يرسل حديثًا قط [إلاَّ][(٢)] يوجد من طريق غيره مسندًا، أو لأن رجاله الذين أخذ عنهم هم أكابر الصحابة، وليس كغيره الذي يأخذ عمن وجد، أو لأنها سُيِّرت فكانت مأخوذة عن أبي هريرة، وكان يرسلها؛ لما قد عرفه الناس من الأنس بينهما والوُصْلة؛ فإن سعيدًا كان صهر أبي هريرة على ابنته؛ فصار إرساله كإسناده عن أبي هريرة.

وفي الجديد سوّى بين مراسيله ومراسيل غيره في عدم الاستدلال بها، إلاَّ أن

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٦٥٥) كتاب البيوع، باب: بيع الحيوان باللحم، حديث (٦٤)، وأبو داود في المراسيل (ص - ٢١)، والدارقطني (٣/ ٧١) كتاب البيوع، حديث (٢٦٦)، والحاكم (٢/ ٣٥) كتاب البيوع، باب: النهي عن بيع الشاة باللحم، والبيهقي (٥/ ٢٦٦) كتاب البيوع، باب: بيع الحيوان باللحم.

قال السيوطي في تنوير الحوالك (٢/ ١٠٥): قال ابن عبد البر: لا أعلمه يتصل من وجه ثابت؛ وأحسن أسانيده مرسل سعيد هذا، إلا ما حدَّث به خلف بن القاسم: ثنا محمد بن عبد الله بن أحمد، ثنا أبي، ثنا أحمد بن حماد بن سفيان الكوفي، ثنا يزيد بن أبي عمرو الغنوي، ثنا يزيد بن مروان، ثنا مالك عن ابن شهاب عن سهل بن سعد قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان.

وهذا حديث إسناده موضوع، لا يصح عن مالك، ولا أصل له في حديثه. ا هـ.

ومن هذا الوجه أخرجه الدارقطني (٣/ ٧١) كتاب البيوع، حديث (٢٦٥) وقال: تفرد به يزيد بن مروان عن مالك ولم يتابع عليه، وصوابه في الموطأ عن ابن المسيب مرسلاً. ا هـ.

وفي الباب عن سمرة، وابن عمر.

حديث سمرة:

أخرجه الحاكم (٢/ ٣٥) كتاب البيوع، والبيهقي (٥/ ٢٩٦) كتاب البيوع، باب: بيع اللحم بالحيوان من طريق الحسن عن سمرة؛ أن النبي ﷺ نهى عن بيع الشاة باللحم.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وقال البيهقي: هذا إسناد صحيح.

حديث ابن عمر:

أخرجه البزار (٢/ ٨٦ - كشف) من طريق ثابت بن زهير عن نافع عن ابن عمر؛ أن النبي ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان، وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ١٠٨)، وفيه ثابت بن زهير، وهو ضعيف.

(٢) سقط في د.

يوافقها أحد سبعة أشياء: إمَّا قياس، أو قول صحابي، أو فعله، وإمَّا أن يكون قول الأكثرين، وإمَّا أن يُنشر في الناس من غير دفاع له، وإمَّا أن يعمل به أهل العصر، وإمَّا ألاَّ توجد دلالة سِواه، وقد اتصل بهذا الخبر:

الأثر، وهو ما روي [عن][(١)] ابن عباس أن جزورًا نحرت على عهد أبي بكر، فجاء رجل بعناق فقال: أعطوني جزءًا بهذا العناق، فقال أبو بكر: «لا يصلح هذا»، وكان قول أبي بكر مع انتشاره في الناس، وعدم معارض له.

والقياس؛ فإنه نوع فيه ربا بيع بأصله الذي فيه مثله؛ فوجب ألاَّ يجوز؛ كما إذا باع شيرجا بسمسم، والزيت بالزيتون، والشيرج والزيت مثل ما في السمسم والزيتون، أو أقل منه.

وحكى القاضي أبو الطيب والبندنيجي: أنَّا إذا قلنا: إن اللُّحْمان أجناسٌ، فباع لحم البقر بشاة - جاز على قول، وجعله الإمام أقيس، والصحيح الأول، ووجهه مجلي: بأنه لا خلاف أن الحيوان أجناسٌ، وإنما الخلاف فيما إذا صارت لحمًا، وشملها اسم اللحم، وبه جزم البغوي، والمحاملي، والماوردي وحكى في جواز بيع اللحم بالسمك الحيّ وجهين، ووجه الجواز: أن حيَّ السمك في حكم مَيْتته، بخلاف الحيوان، وقال القاضي أبو الطيب: إن قلنا: إن السمك من جنس سائر اللحوم، لم يجز، وإلاَّ فقولان.

قال: «**وفي بيعه بحيوان غير مأكول**» - أي: كالعَيْر والحمار ونحوهما - **قولان**:

أحدهما - وهو الأصح أيضًا والمنصوص في أكثر الكتب-: أنه لا يجوز؛ لعموم الخبر. قال الماوردي: وبهذا قال من أصحابنا من زعم أن دليل المسألة اتباع السنة.

والثاني: أنه يجوز، واختاره ابن أبي عصرون؛ لأنه حيوان ليس فيه لحم مأكول حتى يكون من باب بيع الشيء بأصله. قال الماوردي: وبهذا قال من أصحابنا من زعم أن دليل المسألة اتباع القياس.

وعلى المأخذين يخرج ما لو باع الشحم أو الكلية، أو الطِّحال بالحيوان: فمن راعى اتباع السنة جوّز، ومن راعى القياس منع.

وعلى الوجهين يجوز بيع الحيوان بالجلد والعظم [؛ لأن الجلد والعظم][(٢)] مما

---

(١) سقط في د.

(٢) سقط في ج.

لا ربا فيه بخلاف اللحم، وكذا بيع البيض بالدجاج، واللبن بالحيوان.

وأجرى الرافعيُّ الخلاف في بيع الجلد بالحيوان إذا لم يكن مدبوغًا.

فروع تتعلق بالباب:

إذا كان بين شخصين من مال الربا ما يحرم بيع بعضه ببعض، وأرادا قسمته - فذاك ينبني على أن القسمة إفراز حق أو بيع؟ فعلى الأول يجوز، وعلى الثاني - وهو المشهور - لا يجوز قسمته، ولكن الطريق في انفصال الشركة: أن يجعلا ذلك حصتين متميزتين، ثم يبيع أحدهما حقه من إحدى الحصتين على شريكه بدينار، ويبتاع حقه من الحصة الأخرى بدينار؛ فيصير لكل منهما حصة كاملة، ولكل منهما على الآخر دينار فيتقاصَّان الدينار بالدينار، ويكون هذا بيعًا يجري عليه جميع أحكام البيوع المشاعة.

وإن كان مما لا يحرم بيع بعضه ببعض.

فإن قلنا: إن القسمة بيع، روعي في ذلك شرائط المبيع، إلا أنه لا يشترط في القبض التحويل.

والفرق: أن المبيع مضمون على بائعه باليد؛ فاعتبر في قبضه التحويل لترتفع اليد فيسقط الضمان، وليس في القسمة ضمان يسقط بالقبض، وإنما هي موضوعة للإجارة، وبالكيل يحصل ذلك، ويثبت فيه ما يثبت في البيع إلاَّ خيار المجلس؛ فإنه لا يثبت، ومن طريق الأَوْلى خيار الشرط؛ لأن ذلك شرع لدفع الغَبِينة ولا غَبِينة.

وإن قلنا: إنها إفراز حق، جاز لهما أن يقتسما كلَّ جنس بينهما كيف شاءا، كيلًا ووزنًا وجزافًا: فإن كان ذلك مما يختلف لم يجز لأحدهما أن ينفرد بأخذ شيء بحصته، وإن كان مما تتماثل أجزاؤه كالحبوب والأدهان جاز أن ينفرد أحدهما بأخذ حصته عن إذن شريكه، وهل يجوز من غير إذنه؟ فيه وجهان، وجه الجواز: أنه لو استأذنه لم يكن له أن يمنعه؛ فجاز إذا استوفى قدر حقه ألا يستأذنه، قاله الماوردي.

وفي «الشامل»: أنَّا إذا قلنا: إن القسمة بيع، واقتسم الشريكان بأنفسهما - ثبت فيها الخياران، وكذا إذا كان فيها ردّ.

وحكى الغزالي في ثبوت خيار المجلس عند عدم الرد وجهين، وأن خيار الشرط لا يثبت - على الأصح - ما يشترط فيه التقابض إذا اشترى أحدهما بما وجب له منه

شيئًا آخر في المجلس قبل قبضه لم يصح، وإن قبض من صاحبه دراهم على وجه القرض ووفاها له في الثمن في المجلس، ففيه خلاف ينبني على أن القرض متى يملك؟

فإن قيل: بالتصرف، فلا يصح هاهنا، ولو قبض كل واحد منهما ما وجب له قبضه، ثم أودعه الآخر قبل التفرق، جاز ولم يبطل العقد، صرح بمثله الرافعي في رأس مال السلم. ولو أبرأ أحدهما صاحبه مما له عليه قبل التفرق كانت البراءة باطلة؛ لأنه إبراء مما لم[1] يستقر ملكه عليه، قاله الماوردي.

ولو كان العقد ورد على معين فوهبه منه، فإن كان قبل قبضه لم يصح، وإن كان بعده فوجهان.

* * *

(١) في د: لا.

باب بيع الأصول والثمار

عنى بـ«الأصول»: الأرضين والأشجار والثمار.

قال الجَوْهَرِيُّ: «واحدة الثِّمَار والثَّمَرِ: ثَمَرة، وجمع الثَّمَرِ: ثمار، كجبل وجبال، وجمع الثمار.

قال الفراء: «ثُمُر؛ ككتاب وكُتُب، وجمع الثُّمُر: أثمار؛ كعُنُق وأعناق».

قال: «إذا باع أرضًا وفيها بناءٌ أو غراس، دخل البناء والغراس في البيع؛ لأنهما من الثابتات فيها التي تراد للبقاء فتلحقها كما تلحق في الشفعة، ولأن البناء يجري مجرى أجزاء الأرض، وهذا نصه هاهنا، وبه قال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة وجمهور أصحابنا، وصححه أبو الطيب، واختاره ابن أبي عصرون، وقد نصّ في الرهن على أنهما لا يدخلان فيه، فألحق أبو العباس به البيع، وجزم فيهما بعدم الدخول كما لا تدخل الثمرة المؤبرة في البيع، وحمل النص في البيع على ما إذا قال: بعتك الأرض بحقوقها، وهذا ما صححه الإمام والغزالي، وطرده فيما إذا قال: بحقوقها، وهو القياس؛ لأنَّ ذلك إن كان من حقوقها اندرج عند الإطلاق، وإن لم يكن من حقوقها فلا يدخل[1] بذكر الحقوق.

وذهب أبو الطيب بن سلمة وأبو حفص بن الوكيل إلى تخريج قول من كل من المسألتين إلى الأخرى، وجعلهما على قولين للوفاء بما ذكرنا من الدليلين، وهذا ما صححه الشاشي في «حليته»، ومن جرى على ظاهر النصين[2] فرق بوجهين:

أحدهما: أن عقد البيع يزيل الملك؛ فجاز أن يكون ما اتصل بالمبيع تبعًا له، لقوته، وعقد الرهن يضعف عن إزالة الملك؛ فلم يتبعه ما لم يسمَّ لضعفه، وهذا قد ضعفه ابن أبي عصرون بأن موجب الإطلاقات لا يختلف بقوة العقد وضعفه.

والثاني: أنه لما كان ما يحدث في المبيع للمشتري جاز أن يكون ما اتصل به من قبل [له][3]، ولما كان ما يحدث من الرهن لا يدخل في الرهن، اقتضى أن يكون ما

---

(١) في د: بذكر. (٢) في د: النص. (٣) سقط في د.

تقدم [الرهن][(١)] أولى ألاَّ يدخل فيه، وعلى هذا يندرج في البيع أيضًا ما كان متصلًا بالأرض من أساس، سواء كان من آجر، أو حجارة، أو تراب، وكذا تلال التراب التي تسمى بـ«البصرة» حبالًا، والسواقي التي تشرب الأرض منها، (وأنهارها)[(٢)] وعين الماء التي فيها، وهل يملك الماء الذي فيها؟ فيه من الخلاف والتفصيل ما حكيناه في الباب قبله، كذا حكاه الماوردي.

وفي «الرافعي»: أنه لا يدخل فيه شرب الأرض من القناة والنهر المملوكين، إلا أن يشترط أو يقول: بحقوقها، وحكى أبو عاصم العبادي وجهًا: أنه لا يكفي ذكر الحقوق، وكذا لا يدخل مسيل الماء في بيع الأرض، وحكم المعدن الجاري حكم الماء.

وقيل: إن الموجود للبائع دون ما يحدث، والمعدن الجامد كمعدن الذهب والفضة مملوك لمالك الأرض، فيندرج في البيع؛ لأنه من أجزائها. وهل يملك دولاب الماء؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها الماوردي، الثالث: إن كان صغيرًا يمكن[(٣)] نقله صحيحًا على حاله من غير مشقة لم يدخل، وإلاَّ دخل.

ولو كان فيها رحا [للماء دخل][(٤)] في البيع بيت الرحا وبناؤه، وأمَّا أحجاره ففيها ثلاثة أوجه حكاها الماوردي، الثالث: يدخل فيه الأسفل دون الأعلى، ولا خلاف في اندراج الأسفل من حجرى الرحا إذا كان المبيع باسم الطاحون، وكذا الأعلى على الأظهر.

ولفظ «الساحة» و «العَرْصة» و «البقعة» فيما ذكرناه كلفظ «الأرض».

ولا خلاف في أنه إذا قال: بعتك هذا الباغ أو البستان أو الحائط، دخل فيه الأرض والأشجار والحيطان، ومجاري الماء، وإن كان فيه بناء فعلى الخلاف[(٥)].

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: أو أنهارهما.
(٣) في د: يملك.
(٤) سقط في د.
(٥) قوله: ولا خلاف في اندراج الأسفل من حجري الرحا إذا كان المبيع باسم الطاحون، وكذا الأعلى على الأظهر، ولا خلاف في أنه إذا قال: بعتك هذا الباغ أو البستان أو الحائط، دخل فيه الأرض والأشجار والحيطان ومجاري الماء، وإن كان فيها بناء فعلى الخلاف. انتهى كلامه.
وما حكاه من نفي الخلاف فمردود في المسألتين جميعًا:
فأما الأسفل من حجري الرحا ونحوه كالإجانات في المدبغة؛ فالخلاف ثابت فيه في الرافعي وفي غيره كـ«التتمة».
=

ولو قال: بعتك هذا الكرم، دخل العريش على الأصح.

ولو قال: بعتك هذه القرية، دخل فيه الأبنية والحصن الذي يحوطها، وفيما يحويه من الشجر الخلافُ، واختيار الإمام والغزالي الدخول.

ولا تدخل المزارع، وفي «النهاية»: أنها تدخل.

ولو قال: بحقوقها، قال في «المهذب» و«الشامل»: دخلت الأشجار دون المزارع.
وحكى ابن كَجٍّ أنها تدخل.

ولو قال: بعتك هذه الدار، دخل فيها الأرض، والبناء، والأبواب المركبة، والحلق، والسلاسل المسمَّرة، والقفل، وكذا المفتاح على الأصح، وفي معناه كل منفصل لا يمكن الانتفاع به إلا بمتصل كالزرائب وغطاء التنُّور، وما لا تستغني السفينة عنه مما هو منفصل إذا بيعت، وتدخل الدرج المبنية وإن كانت من ألواح، وكذا حمام الدار إن كان لا يستقل دون الدار، وإن استقل فهو في بيع الدار كالبناء في بيع الأرض وما فيها من شجر هل يدخل؟ فيه الخلاف السابق في دخوله في بيع الأرض.

وحكى الإمام وجهًا ثالثًا فارقًا بين أن يكثر بحيث يجوز تسمية الدار بستانًا فلا يدخل، وبين ألا يكون كذلك فيدخل.

وهذا أعدل عند الغزالي.

والساباط المتصل [بالدار][1] على حائط من حدودها هل يدخل في بيع الدار؟ فيه ثلاثة أوجه.

ثالثها من تخريج أبي الفياض: إن كانت رءوس الأجذاع من الطرفين مطروحة على حائط لهذه الدار، دخل في البيع، وإن كان من أحد الطرفين لم يدخل.

قال: «**فإن كان له حمل**» أي: للغراس الداخل في البيع كما سنذكره عن النص، ويكون هذا الحكم فيما إذا وقع عليه العقد منفردًا من طريق الأولى.

قال: «**فإن كان ثمرة تتشقق كالنخل**»، أي: والكرسف الحجازي والبصري الذي

= وأما الحيطان فقد صرح بالخلاف فيها الروياني في «البحر»، وضعف التفرقة بينها وبين ما في الأبنية الكائنة في البستان فقال: فرع: لو قال: بعتك هذا البستان؛ يدخل في البيع الأرض وما فيها من الأشجار. ثم قال: وأما البناء الذي فيه والجدار المحيط به فعلى الطرق التي ذكرناها، وقال بعض أصحابنا: يدخل الجدار المحيط قولًا واحدًا؛ لأن البستان اسم لجميعها، وهو ضعيف عندي. [أ و].

(١) سقط في د.

يبقى سنين كثيرة.

قال: «**أو نَوْرًا يتفتح**»، **كالورد والياسمين**، «**فإن كان قد ظهر ذلك أو بعضه**»، أي: ظهر ما في كون الطلع[(١)] منه، والورد من كمامه، والياسمين من الشجر؛ إذ لا كمام له.

قال: «**فالجميع للبائع، وإن لم يظهر منه شيء**[(٢)] **فهو للمشتري**».

الأصل في كون ثمرة النخل إذا تشققت تكون للبائع، وإن لم تشقق تكون[(٣)] للمشتري ما روى البخاري ومسلم أن النبي ﷺ قال: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهَا[(٤)] الْمُبْتَاعُ»[(٥)].

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وذلك يدلُّ بمنطوقه على أن ما أُبِّر يكون للبائع، وبمفهومه على أن ما لم يؤبر يكون للمشتري، وأيضًا فإن النص على التأبير إمَّا أن يراد به التنبيه على غيره أو التمييز من غيره، ولا جائز أن يراد به التنبيه؛ لأن حكم ما لم يؤبر أخفى من حكم ما قد أبر، والتنبيه ما يقصد به بيان الأخفى؛ ليدلّ على حكم الأظهر؛ فتعين أن المراد به التمييز من غيره، وأن الحكم مختصٌّ به. وذلك يفيد ما ادعيناه، ولأنه نماء مستجن في أصله؛ فوجب إذا لم يظهر أن يكون في البيع تبعًا لأصله؛ كالحمل في البطن واللبن في الضرع.

فإن قيل: التأبير هو التلقيح، والتلقيح أن يشقق طلع الإناث، ويوضع فيه شيء من طلع الفحول؛ ليشتد برائحته ويقوى فلا يلحقه الفساد على ما جرت به العادة، وصحت فيه التجربة، وأنتم لا تعتبرون ذلك، بل اعتبرتم نفس الظهور في وقته سواء كان [ذلك][(٦)] بنفسه، أو بفعل فاعل.

قلنا: قد يحصل ذلك عند الظهور من الرياح؛ فأغنى عن الوضع فيه، وأيضًا فإن التأبير إنما اعتبر؛ لأن الثمرة تظهر به وبالتشقق، وقد حصل هذا المعنى؛ فقام مقام

---

(١) في د: المطلع.
(٢) في التنبيه: شيء منه.
(٣) في د: فهو.
(٤) في د: يشترط.
(٥) أخرجه البخاري (٤/ ٤٠١) كتاب البيوع، باب: من باع نخلاً قد أبرت، الحديث (٢٢٠٤)، ومسلم (٣/ ١١٧٢) كتاب البيوع، باب: من باع نخلا عليها تمر، الحديث (٧٧/ ١٥٤٣).
(٦) سقط في د.

التأبير، وأمَّا جعل ما لم يتشقق تابعًا لما يشقق، فالأصل فيه أيضًا الحديث؛ فإنه -عليه السلام - لم يفصل بين أن يكون التأبير في جميعه أو في بعضه، ولأن في اعتبار التأبير في كل نخلة مشقة، وفي تبعيض الثمرة بين البائع والمشتري اختلاف وسوء مشاركة، فجعل ما لم يؤبر تابعًا لما أبر في دخوله في البيع؛ لأنه قد استقر في الشرع أن يكون الباطن تبعًا للظاهر دون العكس، كما في أساس الحائط، ورءوس الأجذاع، فإذا ثبت ذلك في النخل قيس ما في معناه، والورد والياسمين وما في معناهما عليه؛ بجامع ما اشتركوا فيه من الكمون والظهور.

وذكر ابن الصباغ أن الشيخ أبا حامد ذكر أن الورد يكون للبائع وإن لم يتفتح، وأنَّه ظاهر كلام الشافعيّ، ثم قال: «والأول أقيس».

وفي «التهذيب»: أن ما لم يظهر من الورد لا يتبع الظاهر، وإن كان على شجرة واحدة؛ لأنه يؤمن فيه المحذور؛ فإنه يجمع أولًا فأولًا.

فرع: لو أُبِّر بعض النخل، وأورد العقد على ما لم يؤبر - نُظر: إن كانا من حائطين لم تكن الثمرة للبائع وإن كانا متجاورين؛ لانتفاء المعنى المشترك وهو المخالطة، وإن كانا من حائط واحد؛ فوجهان حكاهما الماورديّ وغيره، أصحهما: أنه لا يتبع.

وفي «الرافعي» حكاية وجه: «أنه يتبع في الحائطين أيضًا إذا قلنا: إنه يتبع في الحائط الواحد، وهذا كله إذا اتحد مالك المجموع، أمَّا لو اختلف فالخلاف مرتبٌ على ما إذا اتحد المالك وأولى بالبطلان، حكاه الرافعيُّ في «بدو الصلاح».

قال: «**وقيل: إن ثمرة الفُحَّال للبائع بكل حالٍ**»، أي: سواء تشقق الطلع أَوْ لا، قال الماوردي: «وهو الأصح»، والفرق بينه وبين ثمرة الإناث أن طلع الإناث لا يوجد إلاَّ بعد إباره وتناهيه بسرًا أو رطبًا، وطلع الفحال يوجد قبل إباره، ويكون حال تناهيه طلعًا.

قال: «**وهو خلاف النصّ**» أي: نص الشافعي.

ووجه النص ما ذكرناه من مفهوم الحديث وغيره، وما ذكر في الفرق - من أن طلع الفحال حال تناهيه أن يكون طلع طلعًا - ممنوع؛ لأن المقصود من طلع الفُحَّالِ الكُشُّ لتلقيح الإناث، وذلك لم يوجد بعد؛ فهو كطلع الإناث.

تنبيه: إطلاق الشيخ القول بأن ما لم يظهر تابعٌ لما ظهر يعرفك أنه لا فرق في ذلك بين أن يكونا من نوع واحد أو نوعين، كما هو الصحيح في «تعليق» أبي الطيب،

والمذهبُ في «الحلية» «والتهذيب»، وخصّ أبو علي بن خيران ذلك بما إذا اتحد النوع، وقال عند اختلافه: «كل نوع معتبر بنفسه، وأنه لا فرق بين أن يكون الذي ظهر طلع الإناث، أو طلع الفحال على النص».

أمَّا إذا قلت: إن ثمرة الفحال للبائع بكل حال، فلا أثر لظهوره قبل الإناث، وتكون ثمرة الإناث للمشتري. قاله القاضي أبو الطيب.

وفي «الحاوي» حكاية وجه: أنها أيضًا تكون للبائع، وطرده فيما إذا ظهر طلع الفحال ولم يتشقق وقلنا: إنه للبائع، أي[1]: ثمرة الإناث تكون للبائع وإن لم تشقق، وجعله الإمام كالوجه المذكور في استتباع النوع النوع، والأصح في «الحاوي»: الأول، وأنَّه لا فرق بين أن يكون التابع قد طلع قبل العقد أو بعده، كما ذهب إليه الشيخ أبو حامد، متمسكًا بأنه لمَّا كان ما لم يظهر تبعًا لما قد ظهر حذرًا من سوء المشاركة، وجب أن يكون ما لم يطلع تبعًا لما قد أطلع، وهو الذي صححه الرافعيُّ.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: «يشترط في التبعية أن يكون التابع قد طلع».

قال الماوردي: «وهذا أصح».

والفرق: أن ما لم يؤبر يصح عليه العقد، ويلزم فيه الشرط؛ فجاز أن يصير تبعًا لما قد أُبر في العقد، وما لم يطلع لا يصح عليه العقد، ولا يلزم فيه الشرط؛ فلم يجعل تبعًا لما قد استثناه العقد.

آخر:

لفظة «أبرت» في الحديث، قال الأزهري: يقال بالتخفيف والتشديد.

وقال الجوهريُّ: بالتخفيف.

النَّور - بفتح النون - قال الأزهري: يطلق على أيّ لون كان.

وقيل: النور ما كان أبيض، والزهر ما كان أصفر.

الفُحَّال - بضم الفاء وتشديد الحاء - ذكر النخل، جمعه: فحاحيل.

قال جمهور أهل اللغة: ولا يُقال: [فَحْل][2]، وجوَّز جماعة منهم أن يقال في المفرد: «فَحْل» وفي الجمع: «فُحُول»، وكذلك استعمله الشافعيُّ والغزالي، ومما حكاه الجوهريُّ: أنه لا يقال «فُحَّال» في غير الفحل.

---

(١) في د: أن.

(٢) سقط في د.

فرعان:

أحدهما: لو تلف الطلع في يد البائع سقط عن المشتري حصته من الثمن إذا اختار الإمساك على الصحيح من المذهب؛ لأن الطلع موجود حقيقة، ويجوز بيعه على الصحيح، خلافًا لأبي إسحاق.

قال المتولي: ومن أصحابنا من بناه على القولين في أن الحمل هل يقابله قسط من الثمن، وليس بصحيح.

الثاني: لو شقق طلع النخل نظر: إن كان في إبانه فهو كما لو تشقق بنفسه، وإلا فلا أثر له، وحيث حكمنا بكون الطلع للبائع لتأبيره فَجِرْم الكِمَام للمشتري؛ فإنه يترك على النخل، حكاه الإمام عن شيخه(١).

قال: «وإن(٢) **كان ثمرة بارزة؛ كالتين والعنب، أو في كمام لا يزال [عنه]**(٣) **إلا عند الأكل؛ كالرمان والرانج فهو للبائع**» أي: إذا كان موجودًا حال العقد، أمَّا في الأوليين وشبههما فلأنه ظاهر؛ فكان كالطلع المؤبر، وأمَّا في الأخريين وشبههما من الموز؛ فلأن قشر ذلك حافظ لمنفعته، فبقاؤه عليه من مصلحته؛ لأنه إذا تشقق قشره فسد، فكان القشر بمنزلة نفس الثمرة فظهوره بمنزلة ظهور ثمار سائر الأشجار.

كذا قاله المحاملي.

وفيه ما يفهم أن الكلام في الرمان إذا ظهر من الجلنار فهو الذي يقتضيه القياس، ويعضده أن الماوردي والمتولي ألحقاه بالمشمش والخوخ، ولو ظهر بعض(٤) ذلك بعد العقد لم يتبع الظاهر، قاله البغوي، وقال المتولي في التين بلا خلاف، ويدلُّ عليه ما سنذكره من كلام الشيخ.

واعلم أن كلام الشيخ مصرح بأن العنب لا نَوْر عليه، وأنه ملتحق بالتين، وهو ظاهر النص الذي سنذكره.

وقال الشيخ أبو حامد: «عندي أن له وردًا ثم ينعقد».

وفي «الحاوي»: أنه نوعان: منه ما يُوَرِّد ثم ينعقد، ومنه ما يبدو حبًّا منعقدًا، فالثاني ملتحق بالتين، والأول ملتحق بالمشمش، وعلى ذلك ينبغي أن يحمل ظاهر النص،

---

(١) في د: صاحب التقريب.
(٢) في التنبيه: فإن.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: بعد.

وكلام الشيخ أبي حامد، وقد ألحق الشيخ في «المهذب» وغيره الرانج بالجوز وما في معناه، وهو مخالف لما ذكره هنا.

قال العمراني وغيره: ووجه[١] الجمع بين قوليه أنه يخرج في قشرين، وقد يتشقق عنه الأعلى؛ فيبقى في قشر واحد، فيكون كالرمان، وإذا لم يتشقق فهو كالجوز.

وهذا الجواب فيه نظرٌ؛ لأن الكلام في هذه الأشياء في حال انعقادها على الأشجار، ولا يمكن أن يكون الرانج في حال انعقاده على قشرين حالهما كذلك، بل الأقرب في الجواب ما حكاه النواوي أنه نوعان: نوع ذو قشر، وعليه يحمل كلام الشيخ هنا، ونوع ذو قشرين، وعليه يحمل كلامه في «المهذب».

تنبيه: الكمام - بكسر الكاف-: أوعية طلع النخل، والمراد به هنا أوعية ما ذكره. قال الجَوْهَرِيُّ: «وواحد الكمام: كِمّ - بكسر الكاف - وكِمَامة، والجمع كِمَامٌ وأَكِمَّة، وأَكْمَام، وأكاميم».

الرانج - بكسر النون-: الجوز الهندي.

وقال النواوي: ورأيته في نسخة من[٢] «المحكم» مضبوطًا بفتح النون، والمشهور كسرها.

قال: «وإن كان ثمرة في قشرين: كالجوز، واللوز، فهو كالتين والرمان على المنصوص»، أي: في «الأم»؛ فإنه [قال][٣]: إذا باع أرضًا فيها شجر رمان، وجوز، ولوز، ورانج وغيره مما دونه حائل لا يزال عنه إلاَّ في وقت الحاجة إلى أكله؛ فهو في معنى ما تخرج ثمرته بارزة. صرح بهذه الحكاية المحاملي، وهذا ما وعدنا بحكايته في أول الباب وبعده.

ووجهه: أن ذلك يخرج من الشجرة كما يخرج التين، وقشره لا يتشقق عما في جوفه فألحق به.

قال: «وقيل: هو كثمرة النخل قبل التأبير» أي: فيكون للمشتري؛ لأنه لا يترك في القشر الأعلى كما لا يترك الثمرة في الطلع.

واعلم أن إطلاق الشيخ حكاية هذا القول قد يفهم منه أن الثمرة تكون للمشتري بكل حال، سواء تشقق عنها القشر الأعلى أو لم يتشقق؛ لكونه ألحقه بالثمرة قبل

---

(١) في د: وجه. (٢) في د: في. (٣) سقط في د.

التأبير، وليس كذلك، بل محله ما إذا لم يتشقق [عنه](١) القشر الأعلى، أما إذا تشقق عنه القشر الأعلى، فإنه يكون كثمرة النخل بعد التأبير، وهو ما ذهب إليه الشيخ أبو حامد ومن في طبقته، وحملوا النص على ما إذا تشقق عنه القشر الأعلى وبقي الأسفل، ويدل عليه أنه قال: «دونه حائل لا يزال عنه إلاَّ في وقت الحاجة إلى أكله» وهذه صفة القشر الأسفل دون الأعلى. ولم يحك الماوردي في الجوز سوى هذا القول، وألحق اللوز بالمشمش.

وقال القاضي أبو الطيب: غلط في ذلك الشيخ أبو حامد؛ لأن تشقُّق قشر هذا عنه ليس من مصلحته إذا كان على رءوس الشجر؛ لأنه كتشقق الرمان الذي ليس فيه صلاحه، وكلام الشيخ يرشد إلى التصوير بما ذكرناه؛ لأنه قال:«وإن كان ثمرة في قشرين»، وهو بعد التشقق لا يكون في قشرين، بل في قشر واحد.

قال: «**وإن كان ثمرة تخرج في نَوْر، ثم يتناثر عنه(٢) النَّور كالمشمش والتفاح - فهو كثمرة النخل: إن ظهر ذلك أو بعضه**» أي: من نوره «**فهو للبائع، وإن لم يظهر منه شيء فهو للمشتري**»، [أي](٣): وإن انعقد؛ لأن استتارها بالنور كاستتارها بقشر الطلع، وتناثر النور عنه كالتشقق في الطلع، وهذا ما نصّ عليه في البويطي، والصرف، واختاره أبو إسحاق والقاضي الروياني وسائر الأصحاب كما حكاه المحاملي.

قال: «**وقيل: إنه(٤) للبائع في الحالين**» أي: حال كون النور عليه، وحال تناثره عنه.

وهذا ما حكاه المحاملي في «المجموع» عن تخريج الشيخ أبي حامد، وأنه الذي يجيء على المذهب، متمسكًا فيه بقول الشافعي: حكم كل ثمرة خرجت بارزة ترى في أول ما تخرج كما ترى في آخره، فهو في معنى ثمرة النخل بارزة من الطلع، وتقريره: أن الثمرة ظاهرة بالخروج، واستتارها بالنور كاستتار ثمرة النخل بعد التأبير بما عليها من القشر الأبيض، واستتار حبات العنب بما يتشقق عنها من النور اللطيف، وذلك لا يجعلها تابعة؛ فكذلك هذا، وقد رجح هذا القول أبو القاسم الكرخي والبغوي، وخَطَّأ الشيخَ أبا حامد القاضي أبو الطيب في «تعليقه»، وقال ابن الصباغ:

(١) سقط في د.
(٢) في التنبيه: منه.
(٣) سقط في د.
(٤) في التنبيه: إنها.

«هذه الحكاية ليست بمذكورة في التعليق الأخير عنه».

وقد ألحق أصحابنا العراقيون الفِرْسِكَ وهو الخوخ والكمثرى، والسفرجل بالمشمش والتفاح، صرح بالأول ابن الصباغ، وبما عداه الماوردي، وبالمجموعِ المحامليُّ في «المجموع»، وفصل الإمام فقال: الأشجار التي تبدو أزهارها منها ما يحتوي مركب الأزهار، وأصلها على الثمار على هيئات خوخات صغار كالمشمش والخوخ وما في معناه، فإذا بيعت هذه الأشجار وعليها أزهارها فالثمار في مطلق البيع للمشتري؛ فإنها مستترة استتار الطلع، وفيها مزيد معنى، وهي أنها لا تعد بعد ثمرة حتى تشتد وتتصلب، وذلك بعد انتشار الأزهار وانكشافها عن الخوخات. ومن الأزهار ما لا يحتوي على الثمار ولكنها تطلع والثمرة دونها كالكمثرى والتفاح، فما كان كذلك فقد اختلف الأصحاب فيه:

فالذي مال إليه العراقيون أن الثمار لها حكم الظهور؛ فلا تتبع الأشجار المطلقة في البيع.

ومن أصحابنا من قال: هي للمشتري؛ لأنها غير منعقدة بعد، وإنما انعقادها بعد انتشار الأزهار.

فهذا هو الذي ذكره الصيدلاني.

وهذا من الإمام يدل على أنَّ الخلاف في هذا النوع قبل انعقاد الثمار، إلاَّ أن يريد تكامل الانعقاد، ويؤيده أن المحكي في الرافعيّ أن المشمش والتفاح والكمثرى إن بيع أصله قبل انعقاد الثمرة فإنها تنعقد على ملك المشتري، وإن كان النور قد خرج، وإن بيع بعد الانعقاد وتناثر النور فهي للبائع، وإن بيع بعد الانعقاد وقبل تناثر النور فوجهان.

تنبيه: المشمش: بكسر الميمين، قاله الجَوْهَرِيُّ.

وحكى أبو عبيدة الفتح.

قال: «**وإن كان**[(١)] **ورقًا كالتوت**»، أي: الذي يقصد لتربية القز، وهو الشامي، «**فقد قيل: إنه إن لم يتفتح فهو للمشتري، وإن تفتح فهو للبائع**»؛ لأنه مقصود لطعمة دودة القز؛ فهو كالثمرة من غيره. وهذا ما صححه الجيلي، وجزم به الماوردي، وطرده في كل ما المقصود منه الورق.

---

(١) زاد في التنبيه: ثمره.

«**وقيل: هو للمشتري بكل حال**»؛ لأنه من جملة الأصل كالأغصان، وهذا ما صححه الرافعيّ والبغوي، واختاره ابن أبي عصرون.

أمَّا غير الشامي الذي يقصد منه الثمرة فهو للمشتري بكل حال، ومحل الخلاف في زمن الربيع، أمَّا في زمن الخريف فهو للمشتري وجهًا واحدًا.

تنبيه: التوت: بالتاء المثناة في آخره، وبالمثلثة أيضًا، والأشهر الأفصح بالمثناة، وممن ذكر اللغتين ابن الأعرابي.

قال الأَصْمَعِيُّ: العرب تقول بالمثناة، والفرس بالمثلثة، وقد شاع الفرصاد في الناس كلهم.

فرعان:

أحدهما: ورق شجر النبق هل يتبع الأصل؟ فيه طريقان في «التتمة»:

أظهرهما: أنها كأوراق غيرها.

والثاني: أنها كورق التوت؛ لأنها تلتقط لتغسل بها الرءوس، لكن خروجه من الأصل بمنزلة تفتح ورق التوت؛ لأنه يخرج من الأغصان في غير عُقَد يتفتح عنه. وهذا ما صرح به الماورديُّ.

الثاني: أغصان الأشجار تدخل في البيع، وكذا عروق الأشجار وإن كانت يابسة.

وفي «التهذيب»: أن الشجر الأخضر إذا كان فيه غصن يابسٌ لم يدخل في البيع؛ لأن العادة فيه القطع، ثم قال: ويحتمل أن يدخل كالصوف على ظهر الغنم.

آخر: إذا باع أشجارًا خضرًا، وأطلق العقد هل تدخل المغارس في البيع؟ فيه وجهان.

وقال الإمام وصاحب «التهذيب»: قولان أصحهما: لا، فعلى هذا لو انقلعت الشجرة، أو قطعها المالك لم يكن له غرس بدلها، ولو أراد البائع قلعها فهل له ذلك؟ المنقول هاهنا: أنه ليس له، بل عليه التبقية ما دامت.

وحكى الإمام في كتاب «الرهن» وجهًا آخر: أنه لا يمنع من قلعها، ولكن يغرم ما ينقصه القلع؛ كما يغرم المستعير في مثل هذه الصورة، وعلى القول بأنه يملك المغرس إذا قلع الشجرة، كان له غرس بدلها، وبيع المغارس، وهل يدخل ما بين المغارس في البيع؟ جزم الماوردي بعدم الدخول، وقال الإمام في كتاب الرهن:

ينظر: فإن كانت بحيث تنفرد بالانتفاع لم تدخل، وإن كانت لا يتأتى انفرادها بالانتفاع إلاَّ على سبيل التبعية للأشجار، ففي دخولها وجهان رواهما شيخي وصاحب «التقريب».

ثم ما ذكرناه من الخلاف في استحقاق البقاء أو ملك المغارس يجري في بيع الأبنية من غير تعرض لأساسها. حكاه[(١)] الإمام في «الرهن»، وكذا فيما لو اشترى أرضًا، وشرط البائع لنفسه شجرة فيها: أن المغرس يبقى له ملكًا أو مستحقًا، حكاه الرافعيُّ.

قال: «**وإذا**[(٢)] **باع أرضًا، وفيها زرع لا يحصد في السنة**[(٣)] **إلاَّ مرّة**» أي: كالحنطة والشعير، وفي معناهما الجزر والفجل والبصل واللفت والقطن الذي يستحصد في كل سنة - كما ببغداد وخراسان والبلاد الباردة - قال: «**لم يدخل الزرع في البيع**»؛ لأنه نماء ظاهر يراد للنقل والتحويل دون البقاء؛ فأشبه الطلع المؤبر والأقمشة في الدار، وألحق الرافعي بهذا النوع السّلْق، وفيه نظرٌ؛ لأنه يستجد؛ فينبغي أن يلتحق بالنوع الثاني، ولا فرق في ذلك بين أن يقول: بعتك الأرض بحقوقها، أو لا، كما حكى عن الشيخ أبي حامد والتميمي في المستعمل، وللبائع تبقية ذلك بغير أجرة إلى أول إمكان حصاده دون نهايته، أو مدة تزيد في ثمنه؛ لاقتضاء العرف ذلك. نعم، عليه قلع ما يضر بالأرض من عروق الذرة، وأصول القطن، وهل يلزمه تسوية الأرض؟ الكلام فيه مثل الكلام فيما إذا كان في الدار المبيعة مَا لا يسعه بابها، وقد حكى القاضي أبو الطيب فيه أنه يجب نقض الباب حتى يخرج، ويلزم البائع ما نقض من الباب، ثم قال: ويحتمل أن يقال: يلزمه بناؤه؛ كما يلزمه تسوية الأرض[(٤)]، وليس له

---

(١) في د: حكاها. (٢) في التنبيه: وإن. (٣) سقط في التنبيه.

(٤) قوله: وإذا باع أرضًا وفيها زرع لا يحصد في السَّنَة إلا مرة، كالحنطة والشعير والجزر والفجل وما في معناه؛ لم يدخل في البيع، وللبائع تبقية ذلك إلى أول إمكان حصاده. ثم قال ما نصه: نعم، عليه - يعني البائع - قلع ما يضر بالأرض من عروق الذرة وأصول القطن، وهل يلزمه تسوية الأرض؟ الكلام فيه مثل الكلام فيما إذا كان في الدار المبيعة ما لا يسعه بابها، وقد حكى القاضي أبو الطيب فيه: أنه يجب نقض الباب حتى يخرج، ويلزم البائع ما نقض من الباب. ثم قال: ويحتمل أن يقال: يلزمه بناؤه كما تلزمه تسوية الأرض. انتهى كلامه.

وحاصله: أنه لا يجب - أيضًا - تسوية الأرض إلا على احتمال ضعيف؛ بل يجب أرشها؛ لأنه جعل الحكم فيها كالحكم فيما إذا نقض الباب، ثم أوجب في نقضه ما ذكرناه، والذي ذكره غلط نبه عليه =

إذا قلع ذلك قبل أوانه أن ينتفع بالأرض إلى أن ينتهي إلى أوان قلعه بلا خلاف، ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون المشتري عالمًا بالحال أَوْ لا. نعم، يثبت له الخيار إذا لم يعلم، وقيل: يستحق الأجرة إذا كان جاهلًا وأجاز العقد؛ لأن المنفعة متميزة عَمَّا قابله الثمن، بخلاف ما إذا كان عالمًا؛ فإن مقابل ذلك اندرج في الثمن، وهذا كله تفريع على القول بصحة بيع الأرض المشغولة بالزرع، وهو ما جزم به الماوردي.

وأصح الطريقين ما لو باع دارًا مشحونة بأمتعة، قال الرافعي: ولا يتخرج على القولين في بيع المستأجر؛ لأن يد المستأجر حائلة، ولا يلحق بما إذا استثنى المنفعة لنفسه؛ لأن هذا استثناء بالعرف فاحتمل، كما لو زوج أمته، ثم باعها؛ فإنه يصح، ولو باعها واستثنى منفعة بضعها ليزوجها لم يصح.

وفي «الشامل»: أنَّ أبا إسحاق خرجه على القولين في المستأجر، وأبدى الإمام احتمالًا في إجرائهما في الدار المشحونة أيضًا.

وقال الجمهور: لو كان في معنى المستأجر لوجب أن يقطع بالفساد؛ لأن مدة بقاء الزرع مجهولة، فعلى هذا هل يحصل النقص بالتخلية بين المشتري وبينها في هذه الحالة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ كما في الدار المشحونة بالأمتعة.

وأظهرهما: الحصول.

والفرق: أن التشاغل بالتفريغ في الدار ممكن في الحال، على أنَّ فيها أيضًا وجهًا، وادعى الإمام أنه ظاهر المذهب، وأنه لا يكاد يتضح بين المسألتين فرق.

فروع:

لو باع الأرض وما بها من زرع فهل يصح البيع؟ نظر: إن كان قصيلًا أو شعيرًا جاز، وكذا إن كان قمحًا وجوزنا بيعه في سنبله، وإن لم نجوز بطل فيه، وفي الأرض قولا تفريقِ الصفقة(١).

= في حاشية الكتاب فقال: المنقول في مسألة نزع العروق: وجوب التسوية، لا وجوب الأرش كما بينت ذلك في المطلب، وهذه غلطة وقعت مني في فهم كلام الرافعي؛ حيث قاس هذه المسألة على مسألة توسيع الباب. نعم، في الغصب وجه: أنه لا يجب على حافر الأرض التسوية، بل يجب الأرش، ولا يبعد مجيئه هاهنا. هذا كلامه. [أ و].

(١) قوله: فرع: لو باع الأرض وما بها من زرع... فإن كان قمحًا، ولم نجوز بيعه في سنبله - بطل فيه، =

وقيل: يصح فيه تبعًا، وإن منعنا بيع الحنطة في سنبلها. حكاه الماوردي.

آخر: لو شرط البائع قطع الزرع من الأرض ففي وجوب الوفاء بهذا الشرط تردد حكاه الإمام عن الأصحاب في أواخر كتاب «الصلح».

قال: «**وإن كان يجز مرة بعد أخرى كالرَّطْبة**» أي: وما في معناها من الهندباء والكراث والنعنع، «**كانت الأصول للمشتري**» كما ذكرناه في الأشجار، وهذا تفريع على ما حكاه في دخول الأشجار في بيع الأرض.

أمَّا إذا قلنا: «لا يدخل» فكذلك أصول هذه الأشياء، صرح به الإمام عن العراقيين والصيدلاني.

وقال: «إنه القياس»، وحكي عن الشيخ أبي محمد القطع بدخول هذه الأشياء؛ لأنها لا تراد للنقل، بخلاف الأشجار.

وفي «الوسيط»: أنَّ الشيخ أبا محمد قطع بأنه كالزرع، والعقد في هذه الصورة صحيح قولًا واحدًا.

قال: «**والجزة الأولى**[(١)] **للبائع**»؛ لأنها في معنى ما ظهر من الثمار، لكن يؤمر البائع بأخذ ما ظهر في الحال، كي لا يختلط بما يحدث على ملك المشتري، ولا فرق بين أن يكون ما ظهر قد بلغ أوان الجز أو لا.

قال في «التتمة»: إلا القصب فإنه لا يكلف قطعه، إلا أن يكون ما ظهر قدرًا ينتفع به.

وفي «الحاوي» حكاية وجه: أنه يجب تبقيتها إلى الوقت الذي جرت العادة فيه بالجز.

= وفي الأرض قولا تفريقِ الصفقة.

اعلم أن هذه المسألة حكى فيها الرافعي طريقين مبنيين على أن الصفقة إذا فرقناها وصححنا فيما يصح هل يصح: بالقسط أم بالكل؟ فإن قلنا: بالكل، جاء في الأرض القولان في تفريق الصفقة، وإن قلنا: بالقسط، فلا يصح فيها؛ لأن التقسيط هنا ممتنع لتعذر قيمتها. ثم صحح القطع بالبطلان، وعداه الرافعي في الكلام على تفريق الصفقة إلى كل عقد جمع مجهولًا ومعلومًا، وتبعه عليه المصنف في باب ما يجوز بيعه، وقد ذكرت لفظه هناك لغرض آخر، فراجعه.

إذا علمت ذلك فما جزم به المصنف هنا من طريقة القولين مناقض لما جزم به هناك، وأنه إنما يأتي على طريقة ضعيفة عنده وعند غيره. [أ و].

(١) في التنبيه: الأولة.

وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع تبعًا لما أبر منها، وقد يؤخذ هذا من قول الشيخ، والجزة الأولى للبائع.

ويلتحق بهذا النوع البنفسج والنرجس؛ فتكون أصوله للمشتري وما ظهر منه حالة العقد للبائع، وفيهما وجه حكاه الرافعي: أنهما يلتحقان بالنوع قبله، وألحق الماوردي بصل النرجس والزعفران بشجر الورد، والرافعي أشجار الخلاف التي تقطع من وجه الأرض بهذا النوع.

وقال الإمام: لم يختلف علماؤنا في أن شجرة الخلاف إذا بيعت دخلت أغصانها التي تقطع عادة وتستخلف تحت مطلق البيع، وقد يتخيل بينهما فرق في الصورة.

وبِذْرُ كل شيء مما ذكرناه إذا كان في الأرض حالة العقد حكمه حكم أصله فيما ذكرناه إلاّ في بيعه؛ فإن الأصح أنه لا يجوز، وإن كان مع الأرض.

وحكى المحاملي في كتاب «التفليس»[1] أن ظاهر نصه فيه صحة بيع البذر تبعًا للأرض؛ كبيع الأساس تبعًا للحيطان.

وفي «الحاوي»: أن من قال: ينتظر بما ظهر تناهي الجزاز في العادة، جعل ما ينبت من البذر أول جزة للبائع.

فرع: البطيخ والخيار والقثاء وما يؤخذ ثمره مرة بعد أخرى لكن في عام واحد، اختلف[2] أصحابنا إذا بيعت الأرض، فهو فيها على وجهين:

أحدهما - وهو قول البغداديين-: أنه يكون في حكم الشجر؛ فيكون للبائع من ثمره ما ظهر، وللمشتري الأصل الباقي وما يظهر.

والثاني - وهو قول البصريين-: أنه يكون في حكم الزرع؛ فيكون للبائع أصله وثمره.

والموز لا يبقى الظاهر منه أكثر من سنة؛ فلا يندرج في بيع الأرض، والفرع الذي يستخلف يكون للمشتري.

تنبيه: الرَّطْبة هي القضب الذي يطعم للدواب، يسمونه بالعراق بهذا الاسم.

قال أبو الطيب: ويسمى أيضًا: قتًّا وقُرْطًا.

والرطبة: بفتح الراء، وجمعها: رِطَاب.

---

(١) في د: الفلس.

(٢) في د: واختلف.

قال الجوهري. والجِزَّة: بكسر الجيم وتشديد الزاي.

قال: «**وإذا باع الأصل، وعليه ثمرة للبائع**» - أي: حيث قلنا: «**لا تدخل في البيع**» - **لم يكلف نقلها**[١] **إلى أوان الجداد**»، أي جداد مثلها من بسر أو رطب أو ثمرة، ويعتبر في ذلك أول زمان الإمكان، كما قاله الماوردي وأبو الطيب.

ووجهه: أن البائع يؤمر بتفريغ المبيع على حسب العرف، والعادة في الثمار تنقيتها إلى أوان الجداد، ويشهد لهذه القاعدة: أنه لو باع دارًا مشحونة لا يكلف أن ينقل ما فيها في ساعة، بل شيئًا فشيئًا، على ما جرت به العادة، وكذا لو باع دارًا ليلًا، لم يكلف الانتقال منها حتى يصبح، ولا فرق في ذلك بين أن يكون المشتري علم بأن الثمرة تبقى للبائع أَوْ لاَ، نعم إذا لم يعلم بتأبير النخل وظهور الثمرة ثبت له الخيار، ويتصور ذلك بأن يكون قد رأى الأصل قبل ذلك.

والجداد بالفتح والكسر: القطع.

أمَّا إذا كانت بحيث تندرج في البيع، فاستثناها لنفسه بالشرط - فالذي حكاه الماوردي: أنه لا يستحق الإبقاء، بل يقطع في الحال؛ لأنه إنما يصح استثناؤها[٢] له بشرط القطع كما نص عليه الشافعي في كتاب الصرف، وهذا يوجب عليه إلزام موجبه.

وفي «تعليق» القاضي أبي الطيب «والشامل»: أن هذا ليس يقول به أحد من أصحابنا، وأجاب عن النص بأنه خطأٌ في النقل، وحكى صاحب «الحلية» الخلاف، وجعل أصله الخلاف فيما إذا باع دارًا واستثنى سكناها شهرًا، ومقتضاه أن يكون الصحيح قول الماوردي، لكنه رجح مقابله، كما هو في الرافعي وغيره.

ثم على قول الاشتراط: لو أطلق العقد، قال الإمام: ظاهر كلام الأئمة أن الاستثناء باطل، والثمرة للمشتري، وهذا مشكل؛ فإن صرف الثمرة إليه مع التصريح باستثنائه محال عندي؛ فالوجه أن يجعل شرطًا فاسدًا، فيفسد العقد في الأشجار أيضًا.

قال: «**فإن احتاج إلى سقي**» - أي: بحيث إن لم يُسق فسدت الثمرة أو امتصت - «**لم يكن للمشتري منعه من سقْيه** - أي: بالماء المعد لسقي الأشجار المبيعة، وإن تضررت الأشجار به كما أشار إليه الماوردي؛ لأن ذلك من صلاح هذه الثمرة، فلم

---

(١) في التنبيه: نقله.

(٢) في د: استيفاؤها.

يكن للمشتري المنع منه؛ قياسًا على التبقية على الأصول، لكن مؤنة السقى على البائع، بخلاف ما إذا باع الثمرة؛ فإن مؤنة السقى على البائع إلى أوان الجداد؛ لأنه ألزم تبقيتها[١]، والسقي من ضرورة بقائها.

وقيل: إذا تضررت الأشجار بالسقي لم يجبر المشتري عليه، بل يراعى جانبه، حكاه الإمام ومن تابعه.

وحكى عن أبي إسحاق وجهًا آخر: أنه لا يجبر واحد منهما؛ لاستواء الحقين، فإن تراضيا على شيءٍ، وإلا فسخ العقد.

والأول قول [أبي][٢] علي بن أبي هريرة، واختاره ابن أبي عصرون.

والثاني عند الغزالي أصح.

والثالث عند الرافعي أظهر، وقال: إن الثاني لم أر من رجحه إلا الغزالي.

أما إذا كان ترك السقي لا يضر بالثمرة، ولكن يمنع تزايدها وتنميتها، قال الغزالي: يحتمل أن يلحق بالحالة الأولى، ويحتمل أن يمتنع[٣] وجهًا واحدًا.

ولو تضررت الثمار بالسقي والأشجار بتركه، قال الإمام: فتعود الثلاثة أوجه.

قلت: وفي ذلك نظرٌ؛ لأن مقتضى من نظر في المسألة الأولى إلى جانب البائع - وهو ابن أبي هريرة - ألا يجبره هنا، ومن نظر إلى جانب المشتري في الأول، كما حكاه الإمام يجبر البائع، ومذهب أبي إسحاق لا يختلف.

وقد حكى المحاملي والماوردي وغيرهما عن ابن أبي هريرة أنه قال في هذه الصورة: إن البائع يجبر.

فلا يتحرر في هذه الصورة إلاَّ وجهان، إلا أن يكون ابن أبي هريرة ينظر إلى جانب من يتضرر بالسقي كيف كان ويراعيه، والآخر ينظر إلى جانب الآخر كيف كان ويراعيه؛ فينعكس الحال، وتجيء الأوجه، والله أعلم.

ولو كانت الثمرة لا تحتاج إلى السقي، ولو سقيت زادت ونمت، وإن تركت امتصت رطوبة الأشجار، أو نقص حملها في المستقبل نقصانًا كثيرًا - فالبائع مجبر على السقي أو القطع، فإن عدم الماء فهل يتغير القطع؟

حكى العراقيون فيه قولين عن «الأم»[٤]، وأصحهما عند الكرخي: تعيين القطع.

---

(١) في د: سقيها.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: يمنع.
(٤) في جـ: الإمام.

قال الإمام: «ولم يقع التعرض لاستواء الحقين، ولا بد من هذا الوجه» يشير إلى وجه أبي إسحاق.

ولو لحق الثمرة آفة قبل وقت القطع، فهل يتعين عليه القطع؟ فيه قولان، رواهما صاحب «التقريب».

قال: «**وإن كانت الشجرة تحمل حملين**» - أي: متلاحقين - «**فلم يأخذ البائع ثمرته حتى حدثت ثمرة المشتري**[١]، **واختلطت ولم تتميز - ففيه قولان**:

أحدهما: ينفسخ البيع[٢]»؛ لأن المقصود من الشجرة المثمرة الثمرة، وقد تعذر تسليمها؛ لأن كل واحد منهما لا يلزمه تسليم ما اختلط به من ماله، ولا إجباره على قبول مال صاحبه؛ فوجب أن يبطل العقد لفوات المقصود، كما لو اشترى جوهرة فوقعت في بحر عظيم قبل القبض، أو انقلب العصير خمرًا، وهذا ما اختاره ابن أبي عصرون. فعلى هذا قال المتولي: يسترد المشتري الثمن، وترد الشجرة مع جميع الثمرة، وإلى ذلك أشار المحاملي أيضًا بقوله: تعود الشجرة والثمرة إلى ملك البائع. وفي كلام البغوي ما يخالفه، كما سنذكره.

وكأن حاصل ما قالوه يرجع إلى أن هذا العقد ينفسخ من أصله أو من حينه: فكلام المتولي والمحاملي يقتضي أنه من أصله، وكلام البغوي يقتضي أنه من حينه.

قال: «**والثاني: لا ينفسخ**»؛ لأن المبيع وهو الشجرة باقٍ، وكذلك المقصود منها، والتصحيح ممكن بما ذكره، فيقال[٣] **للبائع: إن سلمت الجميع أُجبر المشتري على قبوله**؛ لأنه دفع إليه حقه بزيادة لا تتميز عنه، فأجبر عليها؛ كما لو أسلم في طعام فأتاه بأجود منه.

قال: «**فإن**[٤] **امتنع**» - أي: البائع - من البدل، **قيل للمشتري**: «**إن سلمت الجميع أجبر البائع على قبوله**» لما ذكرناه؛ فلا وجه للحكم بالانفساخ في الحال.

قال: «**فإن**[٥] **تشاحا**» - أي: تباخلا ولم يرض أحدهما ببدل ما لَهُ - «**فسخ العقد**»؛ لتعذر الوصول إلى المقصود حينئذ، وهذا الخلاف حكاه المزني وغيره عن «الأم»[٦] أيضًا، وبه قال أكثر أصحابنا، على ما حكاه أبو الطيب في «تعليقه» وغيره.

---

(١) في د: أخرى. (٢) في التنبيه: البيع ينفسخ. (٣) في التنبيه: بل يقال.
(٤) في التنبيه: وإن. (٥) في التنبيه: وإن. (٦) في جـ: الإمام.

قال: «**وقيل: لا ينفسخ قولًا واحدًا**»؛ لأن المبيع لم يختلط بغيره فلم ينفسخ العقد؛ كما لو اشترى دارًا فيها طعام له وللبائع واختلطا، وهذا ما صححه القاضي أبو الطيب في باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار.

ومن قال بالأول فرق بما أشرنا إليه في علة القول الأول: من أن الثمرة هي المقصودة بالعقد؛ لأنها نماء المبيع وليس الطعام مقصودًا من بيع الدار، ولا هو من نمائها؛ فلذلك لم يؤثر اختلاطه في فساد العقد.

ووجَّه البغوي هذا القول: بأنه لا فائدة في الفسخ؛ فإنه لا يفيد قطع النزاع؛ فإنَّ الثمرة الحادثة لا تعود إلى البائع، وهذا ما أشرنا إليه من قبل، وهذا الطريق قال به أبو علي بن خيران والطبري في «الإفصاح» وقالا: محل القولين اللذين نقلا في «الأم» في مسألة بيع الطعام، والمزني نقلها من «الأم»، والغلط وقع في النقل.

قال الإمام: «وهذا هو القياس الذي لا يسوغ غيره».

وقال الماوردي: الصحيح ما قالاه جوابًا وتعليلًا، وإن كان نقل المزني صحيحًا، والإذعان[1] للحق أولى من نصرة ما سواه.

فعلى هذا: إن رضي أحدهما بترك حقه لصاحبه أجبر عليه، وإلاَّ كان القول قول من في يده الثمرة في قدر حق صاحبه، كذا قاله المحاملي والماوردي والبغوي وغيرهم.

وفي «الشامل» «وتعليق أبي الطيب»: أنهما إذا تشاحا فسخ، وهو الذي يقتضيه ظاهر كلام الشيخ.

تنبيه: الشجرة التي تحمل حملين، قال المتولي: إنما يتصور في التين؛ لأنه يخرج مرة بعد مرة.

وقوله مستمد مما حكاه[2] عن الشيخ أبي حامد أنه قال: لا أعلم ذلك إلاَّ في التين. وقد قيل: إن النارنج والأترج والباذنجان كذلك، ومحل الخلاف في المسألة: ما إذا لم يعلم وقوع هذا الاختلاط غالبًا، بل وقع لتأخر القطاف، أو كان غالبًا، وشرط في حال العقد قطع الثمرة عند خوف الاختلاط، فلم يتفق حتى حدثت الأخرى، أمَّا إذا كان الاختلاط غالبًا، ولم يشترط القطع[3] فالعقد باطل.

---

(١) في د: الأدعى. (٢) في جـ: حكى. (٣) في د: العقد.

قال الرافعيُّ: «ويجيء فيه الخلاف فيما إذا كان المبيع ثمرة، وسنذكره.

قال: «**ولا يجوز بيع الثمار**» - أي: منفردة[(١)] على أصولها النامية «**حتى يبدو صلاحها، إلاَّ بشرط القطع**» - أي: سواء كانت مما تُجَذُّ أو تُقْطَفُ أو تُجْمَعُ كالبِطِّيخ والخيار ونحوه.

والأصل في ذلك: ما روى مسلم عن ابن عمر أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، نهى البائع (والمبتاع)[(٢)].

وروى الشافعيُّ عن مالك عن حميد عن أنس أن النبي ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى تُزْهِيَ»، قيل: يا رسول الله، وما تزهى؟ قال: «حَتَّى تَحْمَرَّ وَتَصْفَرَّ»[(٣)]، وروى: «تَحْمَارُّ وَتَصْفَارُّ» وغير ذلك من الأحاديث المتوافقة في المعنى، وذلك يدل على منع البيع مطلقًا، سواء اشترط بقاؤها إلى أوان الجذاذ أو قطعها، أو أطلق العقد فاستثنى منه ما قام الإجماع على جوازه وهو البيع بشرط القطع، وبقي على عمومه فيما عداه[(٤)].

واختلف أصحابنا في تعليل المنع:

فمنهم من علله: بأن العقد عند الإطلاق يقتضي البقاء على الأصل إلى أوان الجذاذ والقطاف؛ لأن تسليم كل شيءٍ على حسب ما جرت العادة به كما قررناه، والعادة جارية في بيع الثمار كذلك، وإذا اقتضى العقد ذلك، أو كان مشروطًا في العقد فلا يوثق بالقدرة على التسليم، التي هي شرط الصحة؛ لأن الثمار قبل بدوِّ

---

(١) في د: متفردة.

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ٣٩٤) كتاب البيوع، باب: بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، حديث (٢١٩٤)، ومسلم (٣/ ١١٦٥)، كتاب البيوع، باب: النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها حديث (٤٩/ ١٥٣٤) من حديث ابن عمر.
وفي د: والبائع والمشتري.

(٣) أخرجه البخاري (٤/ ٣٩٨) كتاب البيوع، باب: إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، الحديث (٢١٩٨)، ومسلم (٣/ ١١٩٠) كتاب المساقاة، باب: وضع الجوائح، الحديث (١٥/ ١٥٥٥).

(٤) قوله: ولا يجوز بيع الثمار قبل بدو الصلاح إلا بشرط القطع؛ لما روى مسلم أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها. ثم قال: وذلك يدل على منع البيع مطلقًا.... فاستثنى منه ما قام الإجماع على جوازه، وهو البيع بشرط القطع، وبقي على عمومه فيما عداه. انتهى كلامه.
وما ادعاه من الإجماع قلد فيه الرافعي، وليس كذلك؛ فقد ذهب سفيان الثوري وابن أبي ليلى إلى أنه لا يصح البيع مع هذا الشرط - أيضًا - وممن نقل الخلاف فيه الشيخ تقي الدين في «شرح العمدة». [أ و].

الصلاح ضعيفة متعرضة للعاهات، وقد أشار - عليه السلام - إلى ذلك بنهيه عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة.

ومنهم من علله بأنها قبل بدو الصلاح تكبر أجزاؤها كِبَرًا ظاهرًا، وتلك الأجزاء من أجزاء الشجرة بامتصاصها رطوبتها؛ فتعذر الإبقاء لذلك كما يتعذر البيع بشرط أن يأكل العبد المبيع من مال البائع.

ومقتضى ما ذكر من المعنى الأول: أنه إذا باع الثمرة مطلقًا، وكان في موضع جرت العادة فيه بقطعها قبل بدو صلاحها أن يصح وينزل على المعتاد، وقد قال به القفال؛ تنزيلًا للعادة الخاصة منزلة العادة العامة، وامتنع الأكثرون من ذلك، ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة، وأجرى هذا الخلاف فيما لو جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالمرهون حتى تنزل عادتهم على رأي بمنزلة شرط الانتفاع، ويحكم بفساد الرهن، وأشار إمام الحرمين إلى تخريج الخلاف على مسألة السر والعلانية، وعلى المعنى الثاني يخرج اشتراط القطع فيما إذا باع النخل وعليها ثمرة غير مؤبرة واستثناها، ولا يرد علينا كون الثمرة للبائع إذا وقع العقد بعد[1] التأبير، وإن كان لا يصح البيع في هذه الحالة إلاَّ بشرط القطع نظرًا لهذه العلة؛ لأنَّ هذا استثناء بالشرع، فلا يسلك به مسلك الاستثناء باللفظ؛ ألا ترى أنه لو باع الجارية المزوجة صحّ، ولو باع جارية واستثنى منفعة الزوج[2] لم يصح؟!

ثم حيث صححنا العقد بشرط القطع، فذاك على ما حكاه المتولي فيما يمكن الانتفاع به كاللوز وما في معناه، أما ما لا يمكن الانتفاع به فلا يجوز، وإن شرط القطع، وهذا مأخوذ من القواعد السابقة. ثم إذا صحّ العقد فيما يشترط فيه القطع بشرطه فللبائع المسامحة بالتبقية إلى بدوّ الصلاح، وله إجباره على قطعه، صرح به الماوردي وغيره، وله إجباره على القطع بعد بدو الصلاح أيضًا ما لم تبلغ الثمرة خمسة أوسق، أمَّا إذا بلغت [ذلك][3] فقد قال الماوردي في كتاب الزكاة: «إن البائع إن رضي بإبقائها إلى أوان الجذاذ[4] ورضي المشتري بدفع زكاتها، تَمَّ البيع، وإن امتنع البائع من إبقائها، وتأبىَّ المشترى من دفع الزكاة من ثمرته فالواجب أن يفسخ

(١) في د: قبل.
(٢) في د: التزويج.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: الجديد.

البيع، فإذا فسخ لم تجب الزكاة على المشتري؛ لأمرين:

أحدهما: أنه دخل في ابتياعها على أنه لا زكاة عليه.

والثاني: أن فسخ البائع غير منسوب إليه.

وفي استحقاق زكاتها على البائع وجهان:

أصحهما: أنها واجبة عليه؛ لأنَّ امتناعه من الترك سبب لفسخ البيع فلم يجز أن يكون سببًا لإسقاط الزكاة.

ولو رضي المشتري بدفع زكاتها، وامتنع البائع من تركها فسخ البيع، وترد الثمرة على البائع، وتؤخذ منه الزكاة وجهًا واحدًا.

ولو رضي البائع بتركها، وتمنَّع[1] المشتري من [أداء زكاتها][2] فقولان:

أحدهما - وهو اختيار المزني-: ينفسخ البيع؛ لأنَّ للبائع الرجوع بعد الرضا فيكون المشتري بدفع الزكاة مغررًا.

والثاني: أن البيع لا ينفسخ، وتؤخذ الزكاة من المشتري.

وفي «زوائد» العمراني في كتاب الزكاة: أنه لو لم يتفق القطع حتى بدا صلاحها حكاية قولين:

أحدهما - رواه القفال عن الشافعي-: أن البيع يبطل؛ لأن تسليم المبيع قد تعذر بوجوب الزكاة فيه؛ كما لو اشترى حنطة فانثالت عليها صبرة أخرى، فإن البيع يبطل.

والثاني - ولم يذكر الشيخ أبو حامد سواه-: أنه لا يبطل، فعلى هذا إن طالب البائع المشتري بالقطع فقولان:

أحدهما: ينفسخ البيع؛ لأن البائع يطالبه بما اشترطه، ويتعذر ذلك لحق المساكين فبطل.

والثاني: لا ينفسخ، والزكاة على المشتري، ويلزمه أن يقطع ويؤخذ منه عشر ثمرته مقطوعًا.

وإن رضي البائع بتركها، وطالب المشتري بقطعها، ففي هذه الحالة أيضًا قولان:

أحدهما: ليس له، وهو الصحيح؛ لأن القطع لحق البائع وقد رضي؛ فلا يجوز لأجل المساكين.

(١) في د: وامتنع.

(٢) في د: أدائها.

والثاني: له؛ لأنه اشتراها بهذا الشرط فلعل له غرضًا.

أمَّا إذا أُبيعت الثمار مع أصولها، فإنه يصح البيع من غير شرط؛ لقوله - عليه السلام-: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا[1] الْمُبْتَاعُ»[2]، فثبت النخل بالنص، وقيس ما في معناه عليه؛ لأنها أصول يتكرر حكمها، فجاز بيعها كالنخل.

وبيعُ البطيخ والقثاء والباذنجان مع الأصول لا يكفي عند الغزالي وإمامه، وخرج الرافعي وجهًا في الاكتفاء به عن شرط القطع.

ولو باع الثمرة وحدها على أصولها بعد قطع الأصول جاز من غير شرط القطع.

فروع:

إذا باع بعض الثمرة مشاعًا على رءوس الأشجار قبل بدوِّ الصلاح لم يصح؛ بناءً على امتناع القسمة في ذلك، أمَّا إذا جوزنا القسمة جاز، ولو باع نصفها مع نصف النخل جاز.

ولو كانت الثمرة والشجرة بين[3] شخصين، فباع أحدهما نصيبه من الثمرة لصاحبه بنصيبه من الشجرة - لم يجز مطلقًا، ويجوز بشرط القطع، ومثل هذا [الخلاف][4] يجري في الأرض المزروعة.

قال الإمام في أواخر كتاب «الصلح»: «قال الأصحاب: ولا يتصور شراء نصف زرع بشرط القطع، إلا في صورة واحدة، وهي كما ذكرنا في الثمرة». ثم قال: «وهذا فيه نظرٌ، وقد منع طائفة من المحققين البيع في هذه الصورة أيضًا؛ فإن تفريغ الأرض من الزرع لا يجب بقطعه كذا، وإذا شرطه لا يجب الوفاء به؛ فيبقى بقدر استحقاق القطع، ثم الذين قالوا بالصحة بناءً على تفريغ الأرض، فلست أدري ما قولهم في أن شرط التفريغ هل يجب الوفاء به أم لا؟ هذا محتمل من جهة أن هذا ليس في المعقود عليه من الزرع، وإنما هو في بيع حصته من الأرض».

قلت: وما ذكره في الزرع بعينه يتجه جريانه في الثمرة.

قال: «**فإن بدا صلاحها جاز بيعها مطلقًا**»، **وبشرط القطع، وبشرط التبقية**»، أمَّا

---

(١) في جـ: يشترط.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) في د: مع.
(٤) سقط في جـ.

إذا باع بشرط القطع فدليل جوازه الإجماع، وأمَّا في الباقي؛ فلأنه - عليه السلام - في حديث ابن عمر جعل غاية النهي بدوّ الصلاح، والحكم بعد الغاية مخالف لما قبلها، فلمَّا امتنع ذلك قبل بدوّ الصلاح [تعين جوازه][١] بعده.

قال الرافعي: «ولا فرق في ذلك بين أن تكون الأصول للبائع، أو للمشتري، أو لغيرهما».

قلت: وفيما إذا كانت الأصول للمشتري وباع بشرط القطع، نظرٌ يظهر لك فيما إذا باع ما لم يَبْدُ صلاحه من صاحب الأصل.

قال: وبدوّ الصلاح أن يطيب أكله - أي: المعتاد [فيأخذ الناس منه][٢]، فثمرة النخل وإن كان أكلها طلعًا، وبلحًا [واقعًا][٣] فلا عبرة به، [بل لا بد من احمرارها واصفرارها، وثمرة الكرم وإن كانت تؤكل حِصْرِمًا فلا عبرة به][٤]، بل لا بد من تموُّه الأبيض منها بالحلاوة، وشروع ما يسوّد منها أو يحمر في التلون.

والخيار والقثاء ونحوه، وكذا الباذنجان، وإن طاب أكله في حال صغره، فلابد من أن ينتهي إلى حالة يأخذ الناس في أكله.

ولو قيل في حَدّ بدوّ الصلاح: صيرورته إلى الصفة التي تطلب غالبًا لكونها على تلك الصفة؛ حتى يدخل فيه ما قاله البغوي: إنَّه لا يجوز بيع ورق التوت قبل تناهيه إلاَّ بشرط القطع - لكان أشمل. وقد جعل الماوردي بدو الصلاح ثمانية أقسام:

أحدها: اللون، وذلك في النخل بالاحمرار والاصفرار، وفي الكرم بالحمرة، أو السواد، أو الصفار والبياض، وفي المشمش بالصفرة، وفي العناب بالحمرة، وفي الإجَّاص بالسواد، وفي التفاح بالبياض، وأمثال ذلك.

الثاني: بالطعم، ومنه ما يكون بالحلاوة كقصب السكر، ومنه ما يكون بالحموضة كالرمان.

الثالث: بالنضج واللين كالتين والبطيخ.

الرابع: بالقوة والاشتداد كالبر والشعير.

الخامس: بالطول والامتلاء كالعلف والبقول والقصب.

---

(١) في د: بعد جزازه.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.

السادس: بالعِظَم والكِبَر كالقثاء والخيار والباذنجان.

السابع: بانشقاق كِمَامِهِ كالقطن والجوز، فإذا تشقق كمام القطن، وسقطت القشرة العليا عن جوز الأكل فقد بدا صلاحه.

الثامن: بانفتاحه، وانتشاره كالورد والنيلوفر[١] وورق التوت بدو صلاحه أن يصير كأرجل البط.

ثم قال: هكذا قال عطاء والنخعي.

والأصل في اعتبار ما أشرنا إليه: ما روى البخاري عن جابر بن عبد الله قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ تُبَاعَ الثَّمَرَةُ حَتَّى تُشْقِحَ[٢]، قِيلَ : وَمَا تُشْقِحُ ؟ قَالَ : تَحْمَارُّ، وَتَصْفَارُّ، وَيُؤْكَلُ مِنْهَا»[٣].

وما روى أبو داود عن أنس أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسودّ، وعن بيع الحب حتى يشتد، فأشار - عليه السلام - إلى ذلك في هذه الأنواع؛ لعمومها عندهم في ذلك الوقت، وفيه تنبيه على ما عداها.

قال: **وإذا وجد ذلك في بعض الجنس في البستان** - أي: ولو في ثمرة واحدة، كما قاله في «المرشد» - «**جاز بيع جميع ما في البستان من ذلك الجنس**» دفعًا للضرر؛ فإنا لو اعتبرنا بدو صلاح الجميع أدى إلى تلف السابق، ولو شرط بيعه أولًا فأولًا أدى إلى أن يباع رطبه برطبه؛ فإن الله - تعالى - جعل كمال التفكه به عدم طِيبِهِ جملة واحدة.

ثم كلام الشيخ يقتضي أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون ما لم يبد صلاحه من نوع ما بدا صلاحه، أو من غير نوعه، اشتمل العقد على الجميع أو على ما بدا صلاحه أو غيره، اتحد مالك البستان أو اختلف، والحكم في ذلك - وفاقًا وخلافًا - كالحكم الذي ذكرناه في التأبير سواءٌ، صرح بذلك الرافعي والماوردي وغيرهما.

لكن حكينا ثَمَّ فيما إذا اختلف النوع أن الصحيح في «تعليق» أبي الطيب: أنه كالنوع الواحد، وحكينا عن ابن خيران أنه كاختلاف الجنس، والمحكي في «تعليق»

---

(١) في د: اللينوفر. (٢) في د: تتفتح.

(٣) أخرجه البخاري (٥/ ١٣٩) كتاب البيوع، باب: بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢١٩٦)، ومسلم (٣/ ١١٧٥) كتاب البيوع، باب: النهي عن المحاقلة... (٨٤/ ١٥٣٦).

أبي الطيب هنا أن المذهب الصحيح - وهو الذي ذكره القاضي أبو حامد في «الجامع»، ونصَّ عليه الشافعيّ في البويطي-: أن بدو الصلاح في نوع لا يكون بدو الصلاح في النوع الآخر، وأن أبا علي بن خيران، والطبري قالا: «إنه يكون بدو الصلاح [في سائر الأنواع](١)؛ كما يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة»، ثم نقض [ما عللا به](٢) بأن الشافعي نص على أن بدوَّ الصلاح [في الثمرة الصيفيَّة لا يكون بدوًّا](٣) في الثمرة الشتوية، وإن كانت تضم إليها في الزكاة، ولا يمكن حمل ما قاله القاضي أبو الطيب هنا عن المذهب على ما إذا أفردها بالعقد؛ فإن الصحيح في نظيره من التأبير أنه لا يصح أيضًا؛ لأنه حكى [ذلك](٤) في فصل بعده، وحكى فيه وجهين، وأنَّ أصحهما: أنه لا يجوز أيضًا.

قال: «**ولا يجوز بيع الزرع الأخضر إلا بشرط القطع**»؛ لما روى مسلم عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ «نَهى عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّى يَزْهُوَ، وَعَنِ السُّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَّ، وَيَأْمَنَ الْعَاهَةَ، نَهى الْبَائِعَ وَالْمُشْتَرِيَ»(٥).

وهذا فيه إشارة إلى(٦) العلة المجوِّزة لبيعه بشرط القطع؛ فإن معه [قد أمن من العاهة](٧).

أَمَّا إذا زالت الخضرة عنه، وبدا صلاحه كما ذكرناه فيجوز بيعه مطلقًا، ويشترط القطع بشرط التبقية إلى أوان الحصاد؛ لِمَا دلَّ عليه خبر أنس أنه - عليه السلام-: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعِنَبِ حَتَّى يَسْوَدَّ، وَعَنْ بَيْعِ الْحَبِّ حَتَّى يَشْتَدَّ»(٨).

وحكم أصول البطيخ والباذنجان ونحوهما عند الغزالي حكم الزرع؛ فلا يجوز إلا

---

(١) في د: نوع لا يكون.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) أخرجه مسلم (٣/ ١١٦٥) كتاب البيوع، باب: النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها (٥٠/ ١٥٣٥).
(٦) في د: على.
(٧) في د: فلا بد من العادة.
(٨) أخرجه أحمد (٣/ ٢٢١، ٢٥٠)، وأبو داود (٣/ ٦٦٨) كتاب البيوع، باب: في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، الحديث (٣٣٧١)، والترمذي (٣/ ٥٣٠)، باب: كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، الحديث (١٢٢٨)، وابن ماجه (٢/ ٧٤٧) كتاب التجارات، باب: النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، الحديث (٢٢١٧)، والحاكم (٢/ ١٩)، والبيهقي (٥/ ٣٠١) كتاب البيوع، باب: الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار، وقال الترمذي: حديث حسن.
وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم. ووافقه الذهبي.

بشرط القلع إذا بيعت دون الأرض، و الذي ذكره العراقيون وغيرهم: أنه يجوز، ولا حاجة إلى شرط القلع إذا لم يخف اختلاط ثماره، على ما حكاه الرافعي(١).

قال: **فإن باع الثمرة قبل بدو الصلاح من صاحب الأصل، أو الزرع الأخضر من صاحب الأرض - جاز من غير شرط القطع**؛ كما لو باع الأصل، وعليه الثمرة، أو الأرض بزرعها، وفيه وجهٌ: أنه لا يصح؛ لعموم النهي، وبالقياس على ما لو باع ذلك من غيرهما، وإنما جاز بيعهما جميعًا للتبعية، كما قلنا في عروق الأشجار وأساس الحيطان، ولا تبعية هاهنا، وهذا ما اختاره ابن أبي عصرون، وصححه في النخل القاضي أبو الطيب والمحاملي، والجمهور على ما حكاه الرافعي، وفي الزرع القاضي أبو الطيب في كتاب «الصلح»، وفي شرح ابن التلمساني: [أن](٢) الأكثرين على ترجيح الأول؛ لانتفاء الغَرَرِ وتمام التسليم فيه، وأنهم(٣) ضعفوا الثاني بأنه لو شرط القطع لم يجب عليه أن يقطع ثمار نفسه عن أشجاره.

فروع(٤):

لو باع نصف الثمرة من نصف(٥) الشجرة هل يجوز؟ فيه وجهان ينبنيان على اشتراط القطع، ويلاحظ فيه أيضًا امتناع القسمة.

آخر: لو باع الزرع قَصْلًا(٦) بشرط القطع، ثم باع الأرض منه قبل القطع، فهل يسقط عنه القطع؟ فيه وجهان في «تعليق» القاضي الحسين في باب «بيع الطعام».

قال: «**ولا يجوز بيع الباقلاء(٧) الأخضر في قشرته، ولا الجَوْز واللَّوْز في قشرته**» - أي: رطبًا كان أو يابسًا - على أصوله أو على الأرض؛ لاستتار المقصود

---

(١) قوله: ولا يجوز بيع الزرع الأخضر إلا بشرط القطع. ثم قال: وحكم أصول البطيخ والباذنجان ونحوهما عند الغزالي حكم الزرع؛ فلا يجوز إلا بشرط القطع إذا بيعت دون الأرض، والذي ذكره العراقيون وغيرهم: أنه يجوز، ولا حاجة إلى شرط القطع إذا لم يخف اختلاط ثماره. انتهى كلامه.

وما نقله - رحمه الله - عن الغزالي من منعه بيع أصول البطيخ إلا بشرط القطع، سهو تفطن له في شرح الوسيط؛ فإن الغزالي إنما ذكر بيع البطيخ على أصوله، وقال: إنه لا يجوز إلا بشرط قطعه، أي: قطع البطيخ. قال: سواء بيع وحده أو مع أصوله. وأبدى الإمام الرافعي في تجويزِه بدون هذا الشرط وجهًا لنفسه؛ تخريجًا من جزم العراقيين وغيرهم بأنه يجوز بيع الأصول من غير شرط. [أ و].

(٢) سقط في د.	(٣) في د: فإنهم.	(٤) في د: فرع.

(٥) في د: صاحب.	(٦) في د: فسلًا.	(٧) في التنبيه: الباقلى.

من ذلك بما ليس من صلاحه، وفي الباقلاء واللَّوز قولٌ أنه يجوز [بيعهما في قشرهما ما داما رطبين؛ لتعليق الصلاح به][١] من حيث إن القشر الأعلى يصون الأسفل، ويحفظ رطوبة اللب، وهذا ما حكاه القاضي أبو الطيب عن ابن القاص والإصطخري[٢]، والماورديُّ عن البصريين. وقد ألحق غيرهم الجوز الأخضر بهما، وأجرى هذا القول فيه، وادعى الإمام أنَّه الأظهر في الباقلاء؛ لأنَّ الشافعيَّ أمر بعض أعوانه بأن يشتري[٣] الباقلاء الرطب والعون هو الربيع وكان الثمن كِسْرة على ما حكاه القاضي الحسين، وجزم به في اللَّوز، وجعله المذهب في الباقلاء.

ويجري الخلاف المذكور في الرانج الذي عليه قشران، ولو بيع اللوز في القشرة العليا قبل انعقاد السفلى جاز؛ لأنه مأكول كله كالتفاح، ولا نزاع في جواز بيع الجميع في القشر الأسفل، وكذا كل ما عليه كمام لا يزال إلاَّ عند أكله كالرمان [والموز ونحوهما؛ لأن قشره من مصلحته، وألحق به العلس في قشرته، ولا نزاع في امتناع بيع الجوز واللوز][٤] والباقلاء في حال الجفاف في قشرته، وحكى القاضي الحسين في «التعليق» في الجوز واللوز قولًا مخرجًا من الحنطة: أنه يجوز، وفي «التتمة» تخريج ذلك على بيع الغائب.

وعلى المذهب، إذا قيل: الجوز واللوز المقصود منهما وهو اللب مستتر بالقشرة السفلى لا يظهر منها، وقد جوزتم البيع، فوجب أن يجوز في القشرين؛ إذ ليس فيه أكثر من المنع من المشاهدة، وما لم تكن رؤيته شرطًا لم يقع الفرق فيه بين أن يكون مستورًا بحائل أو حائلين كالمنكوحة.

فجوابه - ما حكاه الماوردي-: أن القشر الأسفل من مصلحته، وفي رؤيته تنبيهٌ على جودته ورداءته، بخلاف الأعلى فإنه بمنزلة نور حائل.

---

(١) سقط في د.

(٢) قوله: وفي الباقلاء واللوز قول: إنه يجوز بيعهما في قشرهما ما داما رطبين، وهذا ما حكاه القاضي أبو الطيب عن ابن القاص والإصطخري. انتهى كلامه.
وما حكاه هو عن القاضي أبي الطيب فصحيح، وأما حكاية أبي الطيب ذلك عن ابن القاص فمردودة؛ فإنه إنما جوز في الباقلاء خاصة، فقال في «التلخيص»: ولا يجوز بيع شيء وعليه قشران حتى ترفع العليا، إلا واحد وهو بيع الفول رطبًا، قلته تخريجًا. هذا لفظه، ولم يتعرض المذكور - وهو ابن القاص - في المفتاح للمسألة. [أ و].

(٣) زاد في د: له.

(٤) سقط في د.

قال: «**ويجوز بيع الشعير في سنبله**» - أي: مع سنبله - سواءً كان بعد الحصاد أو قبله؛ لأن الحبات ظاهرة في السنبلة، وهكذا الحكم في السلت والذرة، وفي «التهذيب» إلحاق الذرة بالقمح.

قال: **وفي بيع الحنطة في سنبلها** - [أي: مع السنبل][(١)] **قولان**:

أصحهما: أنه لا يجوز، وهو الجديد؛ لما روي أنه - عليه السلام - نهى [عن بيع الغرر[(٢)]، وبيع ذلك في سنبله غرر؛ لأنه يتردد بين الجودة والرداءة، وروى أنه - عليه السلام - نهى][(٣)] عن بيع الطعام حتى يفرَكَ[(٤)].

يعني: بفتح الراء.

ومعنى الفرك: التصفية، ولأن المقصود مستتر بما لا يتعلق به الصلاح؛ فلم يصح بيعه كالذهب في تراب المعدن، أو الحنطة في التبن بعد الدِّياس، وقبل التصفية.

والقديم: أنه يجوز؛ لما روي أنه - عليه السلام - نهى عن بيع الحب حتى يشتد[(٥)]، وقد اشتدَّ؛ ولأنّ بقاءه فيه من مصلحته، وإليه يرشد قوله تعالى في قصة يوسف - على نبينا وعليه السلام-: ﴿فَمَا حَصَدتُّمْ فَذَرُوهُ فِي سُنۢبُلِهِۦٓ﴾ [يوسف: ٤٧]، والقائلون بالأول أجابوا عن الحديث بأنه محمولٌ على الحب الذي يخرج بارزًا كالشعير ونحوه، على أنه معارضٌ بنهيه - عليه السلام - عن بيع الغرر[(٦)].

والعدس والسمسم ونحو ذلك: ملحقٌ بالحنطة، وكذا الأرز عند الشيخ أبي حامد، وهو ما جزم به البندنيجي، واختاره القاضي أبو الطيب في باب «السلم» بعد أن حكاه عن النص، والصحيح - وبه قال ابن القاص، وأبو عليّ الطبري، وجزم به في «التهذيب»-: أنه ملحق بالشعير، وكان يتجه أن يلحق العلس بالأرز في جواز البيع،

---

(١) سقط في د.
(٢) تقدم.
(٣) سقط في د.
(٤) أخرجه البيهقي في السنن (٥/ ٣٠٣).
(٥) أخرجه أحمد (٣/ ٢٢١، ٢٥٠)، وأبو داود (٣/ ٦٦٨): كتاب البيوع: باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، الحديث (٣٣٨١)، والترمذي (٣/ ٥٣٠): باب كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، الحديث (١٢٢٨)، وابن ماجه (٢/ ٧٤٧): كتاب التجارات: باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، الحديث (٢٢١٧)، والحاكم (٢/ ١٩)، والبيهقي (٥/ ٣٠١): كتاب البيوع: باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار، من حديث أنس.
وقال الترمذي: حديث حسن، وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي.
(٦) تقدم تخريجه.

وقد جزم القاضي أبو الطيب فيه بالمنع في باب «السلم»[(١)].

أمَّا إذا بيع القمح وما في معناه في السنبل دون السنبل فلا يجوز على الصحيح من المذهب في «تعليق» القاضي الحسين، وادّعى المحاملي فيه الإجماع، ثم قول المنع فيما ذكرناه مفرع على منع بيع الغائب أو هو جائز وإن جوزنا بيع الغائب؟

الذي ذكره الإمام: أنا إن جوزنا بيع الغائب جاز هذا، وإن منعناه فهو محل التردد؛ لاضطراب النظر في اشتداد الحاجة إلى احتمال الاستتار، وتنزيله منزلة القشر الصوان، وإلى ذلك أشار المتولي أيضًا.

وفي «الإبانة» حكاية طريقة: أنه لا يجوز قولًا واحدًا، وإن جوزنا بيع الغائب، وقد قيل بجريان الخلاف في تراب الصاغة، والحنطة في التبن، ثم الخلاف في بيع الحنطة وما في معناها إذا بيعت دون الأرض، أمَّا إذا أُبيعت مع الأرض ففي «الحاوي» هنا في كتاب «التفليس»: أنَّا إن جوزنا البيع عند الإفراد فكذلك عند الاجتماع، وإلاَّ ففي الجواز وجهان: فإن منعنا بطل فيها، وفي الأرض قولَا تفريقِ الصفقة، وقيل: يبطل فيها قولًا واحدًا

قال: «وإذا باع الثمرة أو الزرع» - أي: مطلقًا بعد بُدُوِّ الصلاح - لم «**يكلف المشتري نقله إلى أوان الجداد والحصاد**»؛ لأن العادة [العامة][(٢)] كذلك، فينزل العقد عليها كما تنزل الدراهم المطلقة في العقد على النقد الغالب، والإجارة المطلقة على المنازل المعهودة في الطريق، أمَّا إذا شرط البقاء فقد تظافر على استحقاق التبقية العرف والشرط، وإن شرط القطع فلا يخفى حكمه.

تنبيه: [في قول الشيخ: لم يكلف المشتري نقله، ما يعرف أن القبض في بيعهما التخلية دون النقل؛ فإنه جعل النقل على المشتري بعدَ أوان الجداد والحصاد، وذلك

---

(١) قوله: وكان يتجه أن يلحق العَلس بالأرز في جواز بيعه في قشرته، وقد جزم القاضي أبو الطيب فيه بالمنع في باب السلم. انتهى كلامه.
وهو يقتضي أنه لم يقف على الجواز في العلس لأحد، وهو غريب؛ فقد ذكر الرافعي المسألة في اللفظ السادس المعقود لبيع الثمار، وجزم بالجواز، وزاد الشيخ محيي الدين على ذلك، فقال في باب الغرر من «شرح المهذب»: إنه لا خلاف فيه، أعني الجواز. نعم، ذكر الرافعي في باب السلم أنه لا يجوز، وقد أوضحته في المهمات، ورأيت في «شرح التلخيص» للشيخ أبي علي السنجي بعد نقل الجواز عن الداركي فقط: أنه إن كان بقاؤه فيه من مصلحته جاز، وإلا فلا. [أ و].

(٢) سقط في د.

يمنع أن يكون على البائع، وقد صرح به في مسألة الزرع ابن الصباغ، والقاضي الحسين في مسألة بيع الزرع بشرط أن يكون على البائع حصاده، وفي مسألة الثمرة حكاه القاضي الحسين في الموضع المذكور عن نصِّ الشافعيّ حيث قال: لو اشترى ثمرة، وشرط على البائع قطعها - بطل به العقد؛ لأن البائع لا يجب عليه إلاَّ التخلية، وقد حكى الغزالي في الفصل الأول من الباب الأول في استيفاء القصاص ترددًا في أنَّ مؤنة جذاد الثمار على البائع أو على المشتري، وسيأتي في كلام القاضي الحسين إشارة إليهما][1].

قال: «**وإن احتاج إلى سقي لزم البائع السقي**» - أي: ومؤنته عليه؛ لأنه من ضرورات تسليمها الواجب عليه عند الجداد والحصاد، فلو شرط أن تكون على المشتري بطل العقد.

قال: «**فإن كان عليه ضررٌ في السقي**» - [أي: يعود إلى الأشجار-][2] «**وتشاحَّا فسخ العقد**»؛ لتعارض الحق من الجانبين، وهذا يشابه ما حكيناه من قبل عن أبي إسحاق فيما إذا كانت الثمرة للبائع، وإن كان السقي يضر بالثمرة، وينفع الشجرة المبيعة، وقد قيل هاهنا: إنه يجبر الممتنع؛ لأنه دخل في العقد مع علمه أنه لا بد من السقي، فيكون راضيًا به. وهذا يشابه ما حكيناه ثَمَّ عن ابن أبي هريرة، وهو ما صححه ابن أبي عصرون ثمّ، وتظهر صحته هنا أيضًا، وأن يجيء الوجه الثالث - الذي حكيناه ثَمَّ - وغيرُهُ هاهنا أيضًا.

قال: **وإن اشترى ثمرة، فلم يأخذها حتى حَدَثَتْ ثمرة أخرى** - أي: واختلطت ولم تتميز كالتين الموجود على شجرِهِ، والباذنجان، والبطيخ، والخيار، ونحو ذلك.

قال: **أو جزَّةً من الرطبة فلم يأخذها**[3] **حتى طالت، أو طعامًا** - أي: غير معلوم القدر - **فلم يأخذه حتى اختلط به غيره** - أي: ولم يتميز - سواء كان مثله أو دونه أو أعلى منه كما ذكره الإمام في باب «الوصية» - «**ففيه قولان: أحدهما: ينفسخ البيع**»؛ لأنه قد تعذر تسليم المبيع فانفسخ العقد؛ كما لو كان جوهرة فألقيت في بحر عظيم، وهذا ما اختاره ابن أبي عصرون وصححه أبو الطيب.

قال: «**والثاني: لا ينفسخ، بل يقال للبائع: إن تركت حقك أقر العقد، وإن لم**

---

(١) سقط في د.	(٢) سقط في د.	(٣) في التنبيه: يأخذ.

تترك فسخ[١]»؛ لإمكان تصحيحه بهذا الطريق، وتقريره مع تمام تصويره مذكور فيما تقدم، وهذا ما اختاره المزني.

ولا يجيء - هاهنا - تخيير المشتري بين ترك حقه وفسخ العقد؛ لأنه لو ترك حقه فاز البائع بالعِوَض والمعوَّض.

وحكى المحاملي عن بعضهم القطع بهذا القول في مسألة الرطبة، وحكى الماوردي فيها طريقة: أنه لا ينفسخ العقد قولًا واحدًا، وتكون الزيادة للمشتري، ككبر الثمرة.

و الذي صححه الماوردي، وعليه أبو إسحاق وجمهور الأصحاب: طرد القولين فيها[٢] كما حكاه الشيخ، والفاسخ للعقد عند امتناع البائع من ترك حقه الحاكمُ، صرح به الماوردي والقاضي أبو الطيب، وفي «النهاية» تفريعًا على قول عدم الانفساخ في مسألة الثمرة، ويجري فيما عداها: أن المشتري [يثبت له الخيار في فسخ البيع، لكن البائع إذا ترك حقه للمشتري، قال الأصحاب: على المشتري أن][٣] يقبل ذلك، ويمتنع عليه الفسخ، وشبهوا ذلك بمسألة النعل، وهي ليست خالية عن خلاف، والذي نحن فيها أولى به منها.

وقال في باب «الخراج بالضمان»: «إن الأقيس عندي في مسألة الثمرة أنه لا يجبر على القبول؛ فإن تطرق الإنسان إلى أمر مقصود ليدفع به حقًّا ثابتًا يعتد من الجواز.

فعلى قول الأصحاب، إذا ترك هل يكون هبة أو إعراضًا؟ فيه خلاف كما في [مسألة][٤] النعل، صرح به الإمام[٥] ثَمَّ.

---

(١) زاد في التنبيه: العقد.
(٢) في د: فيهما.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) قوله: ولو اشترى ثمرة، فلم يأخذها حتى حدثت ثمرة أخرى، فاختلطت بها ولم تتميز، أو جزَّةً فطالت، أو طعامًا فاختلط به غيره - ففي الانفساخ قولان، فإن قلنا: لا ينفسخ، فترك البائع للمشتري حقه - وجب القبول. ثم قال: وإذا تركه فهل يكون هبة أو إعراضًا؟ فيه خلاف كما في النعل، صرح به الإمام. انتهى كلامه.
واعلم أن الإمام قد ذكر المسألة هنا، وفي باب الخراج بالضمان، وقال: إن من أصحابنا من جعل الثمار كالنعل، ومنهم من قال: لا؛ فلا يلزم المشتري قبول منته. ولا شك أن هذا الكلام ليس صريحًا في الخلاف حتى نقول: صرح به الإمام، بل ولا ظاهرًا فيه؛ فإن سياقه يقتضي التشبيه به في وجوب القبول، وكيف يأتي القول بالإعراض مع استلزامه امتناع المشتري من التصرف؛ وحينئذ فلا يحصل =

وإذا لم يترك حقه، ولم يفسخ المشتري، واختلفا في قدر المبيع - فالقول قول صاحب اليد ومن هو في الثمرة؟ قيل: للبائع، وقيل: للمشتري، وقيل: إنها في يدهما جميعًا، وفي صورة الحنطة صاحب اليد البائع.

ثم هذا - كما قال الإمام - إذا لم يقع تعرض إلى كيفية العقد؛ حتى لا تجيء قاعدة التحالف، هذا هو المشهور في المذهب، وحكى صاحب «التقريب» في أصل مسألة الثمرة قولًا ثالثًا: أن العقد لا ينفسخ، ولا خيار، ولكنهما مِلْكان اختلطا فصارا كصبرة حنطة انثالت عليها حنطة الغير.

أما إذا كان الطعام معلوم القدر بأن كان كيله إردبًّا مثلًا، أو مجهولًا؛ وكان المخالط له إردبًّا مثلًا؛ فإنه يعلم به الباقي - لم ينفسخ العقد، لكن يثبت للمشتري الخيار، فإن أجاز صارا شريكين فيه، صرح به الماوردي. ولو كان الطعام قد قبض، ثم [حصل](١) الاختلاط بعده لم ينفسخ العقد قولًا واحدًا، ولكن يقتسمانه، فإن اختلفا في قدره قال الماوردي: «فالقول قول من انثال الطعام على صبرته في قدر الذي انثال».

= المقصود من هذه الهبة، ونحن إنما منعنا الفسخ لأجلها.
فائدة: ذكر المصنف في الباب ألفاظًا:
منها: الكش، وهو - بضم الكاف والشين المعجمة - اسم للدقيق الذي في طلع كوز النخل.
ومنها: الإبان - بهمزة مكسورة، ثم باء موحدة مشددة، وفي آخره نون - وهو الوقت.
ومنها: الفرسك: بكسر الفاء، وسكون الراء، وكسر السين المهملة، وبالكاف، قال الجوهري: هو ضرب من الخوخ ينفلق عن نواه.
ومنها: في حديث رواه عن البخاري: «نهى رسول الله ﷺ أن تباع الثمرة حتى تشقح»، أي: تطيب، هو بالشين المعجمة والقاف والحاء المهملة. قال الجوهري: أشقح النخل. انتهى. وكذلك التشقيح، قال في شرح مسلم: والتاء مضمومة، والشين ساكنة، والقاف مفتوحة، ومنهم من فتح الشين. قال: ويقال - أيضًا - بالهاء عوضًا عن الحاء.
ومنها: أن الشافعي أمر بعض أعوانه بأن يشتري له الباقلاء الرطب، والعون هو الربيع وكان الثمن كسرة على ما حكاه القاضي، و الذي حكاه عن القاضي قد رأيته لشيخه القفال في شرح التلخيص، فنقل عن الربيع أنه قال: مرّ الشافعي ببغداد بباب الطاق، فأعطاني كسرة فاشتريت له بها الباقلاء الأخضر. ورأيت في شرحه للشيخ أبي علي نحوه أيضًا. والكسرة: هي القطعة من الدرهم أو الدينار، تكسر منه للحوائج الصغار، ومن ذلك قول الفقهاء: الدراهم المكسَّرة والقراضة، وتسمية القطعة بالكسرة مشهور في بلاد الشرق، وصحيح في اللغة. قال الجوهري: الكسرة: القطعة من الشيء. [أ و].

(١) سقط في د.

فرع: لو كان المبيع شاة أو ثوبًا، فاختلط بمثله ولم يتميز، قال في «التتمة»: «المذهب انفساخ البيع، بخلاف الحنطة؛ فإن غاية الأمر فيها لزوم الإشاعة، وذلك غير مانع.

وفيه وجه: [أنه][١] لا ينفسخ؛ لإمكان تسليمه بتسليم الكل.

تنبيه: محل الكلام في الثمار التي تتلاحق إذا بيعت بشرط القطع، وكذلك في الجزة، أو كانت الثمار مما يبدو تلاحقها، سواء علم عدم الاختلاط، أو لم يعلم كيفية الحال، أمَّا إذا بيعت الثمار لا بشرط القطع، وكان الاختلاط معلوم الوجود - فالبيع باطلٌ، وفيه قولٌ أو وجه: أنه موقوف: إن سمح البائع بما حدث تبين انعقاد البيع، وإلاَّ تبين أنه لم ينعقد.

تنبيه آخر: قول الشيخ في الثمرة: فلم «يأخذها»، يعرفك أنه لا فرق في ذلك [بين][٢] أن يكون قبل التخلية أو بعدها، وإن كانت قبضا لبقاء عُلْقة البائع، ومن الأصحاب من جزم بأن التلاحق بعد التخلية لا يفسخ العقد قولًا واحدًا، وجعل الإمام والغزالي هذه الطريقة مبنية على أن الثمرة بعد التخلية من ضمان المشتري، والأَوْلى على أنها من ضمان البائع.

قال الرافعيّ: ومقتضى هذا البناء[٣] أن يكون الصحيح طريقة القطع، وعامة الأصحاب على تصحيح طريقة القولين.

قال: «**وإن تلفت الثمرة بعد التخلية**» - أي: على رءوس الأشجار - «**ففيه قولان**:

أحدهما: أنها تتلف من ضمان البائع» - وهو القديم - لما روى مسلم أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح[٤]، ولأن الثمرة لا يتم قبضها إلاَّ بجذها من نخلها، بدليل أنها لو عطشت وأضرّ [ذلك][٥] بها كان للمشتري الخيار، ولو تمّ القبض بها لما كان له كما بعد النقل.

[قال:][٦] **الثاني - وهو الأصح-: أنها تتلف من ضمان المشتري**»، وهو الجديد؛ لما روى الشافعي عن مالك عن حميد عن أنس: أن النبي ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى تُزْهِيَ، قِيلَ: وَمَا تُزْهِي ؟ قَالَ : حَتَّى تَحْمَرَّ»[٧]، وقال - عليه السلام-:

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في د. (٣) في جـ: البيان.

(٤) أخرجه مسلم (٣/ ١١٩٠) كتاب المساقاة، باب: وضع الجوائح، الحديث (١٤/ ١٥٥٤).

(٥) سقط في د. (٦) سقط في د. (٧) تقدم تخريجه.

«أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ، فِيمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟»[١].

وموضع الدلالة: أن الجائحة[٢] لو كانت مضمونة على البائع لما استضرَّ المشتري بالجائحة قبل بدو الصلاح، ولما كان لنهيه عنه حفظًا لمال المشتري وجه؛ لأنه محفوظ إن تلف [في الحالين][٣] بالرجوع على البائع؛ فلما نهى عن البيع في الحال التي يخاف من الجائحة فيها علم أن الجائحة لا تكون مضمونة على البائع، وأنها مضمونة فيما صحّ بيعه على المشتري، ولأن التخلية تسليم عين يستفيد به المشتري التصرف في الثمرة؛ فأشبهت النقل فيما ينقل.

واحترزنا بقولنا: تسليم عين، عن تسليم المنافع؛ فإنه وإن جاز التصرف فيها بعد التخلية، لكن إذا تلفت الدار انفسخ العقد، وأمَّا الخبر فمحمول على الاستحباب، ويشعر به ما روت عمرة بنت عبد الرحمن - تارة مرسلًا، وتارة مسندًا - عن: أنَّ رجلًا من الأنصار ابتاع من رجل ثمرة فأصيب فيها، فسأل البائع أن يحطَّ شيئًا، فحلف بالله ألاَّ يفعل، فأخبر رسول الله ﷺ بذلك، فقال: وتألّي فُلَانٌ أَلَّا يَفْعَلَ خَيْرًا»[٤]، وبعضهم حمله على وضع الجوائح عن البائع دون المشتري.

وما رواه مسلم [من][٥] أن رسول الله ﷺ قال: «لَوْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ، فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكِ بِغَيْرِ حَقٍّ»[٦] فهو

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٤٦٥) كتاب البيوع، باب: إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢١٩٨)، ومسلم (٣/ ١١٩٠) كتاب المساقاة، باب: وضع الجوائح (١٥/ ١٥٥٥).

(٢) في د: الحاجة.

(٣) في د: بالحالين.

(٤) أخرجه مالك (٢/ ٦٢١) كتاب البيوع، باب: الجائحة في بيع الثمار والزرع، حديث (١٥) وعنه الشافعي (٢/ ١٤٩)، كتاب البيوع، باب: فيما نهي عنه من البيوع، حديث (٥١١)، مرسلًا. وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣٠٥)، موصولًا.
وهو في الصحيحين: أخرجه البخاري (٥/ ٦٤٨) كتاب الصلح، باب: هل يشير الإمام بالصلح؛ حديث (٢٧٠٥)، ومسلم (٣/ ١١٩١، ١١٩٢)، كتاب البيوع، باب: استحباب الوضع من الدين، حديث (١٩/ ١٥٥٧)، عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت: سمعت عائشة - رضي الله عنها - تقول: «سمع رسول الله ﷺ صوت خُصوم بالباب، عالية أصواتهم، وإذا أحدهما يستوضع الآخر ويسترفقه في شيء، وهو يقول: والله لا أفعل، فخرج عليهما رسول الله ﷺ فقال: أين المتألي على الله لا يفعل المعروف؟ فقال: أنا يا رسول الله ...» الحديث.

(٥) سقط في د.

(٦) أخرجه مسلم (٣/ ١١٩٠): كتاب المساقاة: باب وضع الجوائح، الحديث (١٤/ ١٥٥٤).

محمول أيضًا على ما لم يبد صلاحه إذا بيع بغير شرط القطع، أو على ما قبل التسليم، كما ذكره الطحاوي.

وأمَّا الجواب عن ثبوت الخيار للمشتري فمن وجهين:

أحدهما: منع الحكم، وقد قال به أبو علي الطبري، وعلى تقدير التسليم بجريانه على القولين معًا - كما صار إليه أبو إسحاق - فذاك لا يدل على تمام القبض، قال ابن أبي هريرة: «ألا ترى أن المقبوض في خيار الثلاث يستحق رده بما حدث من العيوب في زمن الخيار، وإن كان القبض تامًّا؟! فكذا الثمرة».

والثاني: أن خيار العطش إنما يستحقه المشتري؛ لوجوب السقي على البائع، ولم يكن له بالتلف رجوع؛ لأن الحفظ لا يجب على البائع.

قال القاضي الحسين: «وحقيقة القولين تتلقى من أصل، وهو أن قبض الثمرة إذا بيعت على رءوس النخل هل تحصل بالتخلية أَوْ لا؟ وفيه قولان:

القديم: أنه لا تحصل، ولا بد فيه من النقل؛ لأنه منقول.

وقال في الجديد: تحصل بالتخلية.

وعلى هذا الخلاف ينطبق ما حكيناه من التردد في أن مؤنة الجداد على من؟

واعلم أن محل القول الجديد بالاتفاق: ما إذا كان التلف بآفة سماوية مثل البرد، والحر، والثلج، ونظير ذلك، ولم يكن للبائع فيها تسبب [من][1] ترك السقي، أمَّا إذا كان التلف بسبب العطش:

فأصح الطريقين أنه لا يجزئ، ويكون من ضمان البائع.

والثاني: أنه يجزئ. وهو قول أبي علي الطبري، وعلى هذا يجب على البائع ضمان القيمة أو المثل.

ومحل القول القديم بالاتفاق: ما إذا تلفت قبل أوان الجداد بآفة سماوية، وبيعت منفردة، وأما إذا تلفت بعد أوان الجداد، [وإمكان النقل، وطول المدة][2] بحيث يُعد مقصِّرًا ومضيِّعًا، أو كانت قد بيعت مع الشجر - فلا يجزئ وجهًا واحدًا، بل يكون من ضمان المشتري، وهل يجزئ بعد أوان الجداد إذا قصرت المدة بحيث لا يعد مضيِّعًا؟ فيه قولان في «الشامل»:

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في د.

أصحهما - وهو ما جزم به الماوردي والطبري في «العدة»، والشيخ في «المهذب»-: أنه لا يجزئ [، وكذا الخلاف - لكنه وجهان - في أنه: هل يجزئ فيما إذا سرقت أو غصبت؟ و الذي أورده العراقيون منهما: «أنه يجزئ»][1].

ومقابله هو الأصح عند الأكثرين، وهذا الخلاف حكى القاضي الحسين في «تعليقه» عن القفال: أنه يحتمل أن ينبني على أن الجوائح إلى متى توضع؟ إن قلنا: إلى أن تجد الثمرة، فهاهنا تكون من ضمان البائع، وإن قلنا: إلى أن تستجد الثمرة، فهاهنا تكون من ضمان المشتري.

تنبيه: الألف واللام في «الثمرة» يجوز أن يكونا للعموم؛ فيشمل الخلافُ الثمرةَ التي بدا صلاحها، وما لم يبد إذا بيعت بشرط القطع، وهو أظهر الطرق في الرافعي، ولم يحك ابن الصباغ غيره.

ويجوز أن يكونا للعهد، وهي الثمرة التي تستحق تبقيتها إلى أوان الجداد فيجري فيها الخلاف، أمَّا الثمرة التي أبيعت بشرط القطع فلا يجري فيها القولان، وما حكمها؟ فيه طريقان في المذهب:

أحدهما: القطع بأنها[2] من ضمان المشتري؛ لأنه مفرِّط بترك القطع مع عدم العُلْقة بالبائع؛ فإنه لا يجب عليه السقي والحالة هذه، وهذا ما حكاه الطبري عن القفال، ولم يحك الإمام سواه، وكذلك القاضي أبو الطيب الطبري فيما إذا باع الزرع الأخضر بشرط القطع، على ما حكاه في كتاب «الصلح».

والثاني: القطع بأنها[3] من ضمان البائع؛ لأنه إذا شرط القطع كان القبض فيه بالقطع والنقل، ولم يوجد.

فرع: لو تعيبت الثمار بعد التخلية، فحيث جعلناها من ضمان البائع ثبت للمشتري الخيار في فسخ العقد، وحيث جعلناها من ضمان المشتري فلا خيار له إلاَّ أن يكون سببه ترك السقي.

قال الإمام: «لأن الشرع ألزم البائع بالسقي، والتعيب الحادث بترك السقي كالعيب

---

(١) سقط في د. (٢) في د: أنها. (٣) في د: أنها.

المتقدم على القبض، ولو أفضى التعيب إلى التلف نظر: إن لم يشعر به المشتري حتى تلف عاد الخلاف في الانفساخ ولزوم(١) الضمان على البائع.

فإن قلنا بعدم الانفساخ فلا خيار بعد التلف. قاله الإمام، وإن شعر به ولم يفسخ حتى تلف فيغرم البائع في وجه؛ لعدوانه، ولا يغرم في وجه لتقصيره، والله أعلم.

ولنختم الباب بذكر مسائل تتعلق به:

إذا باع العبد، وقد ملَّكه مالًا، وقلنا: إنه يملكه - فإن شرط المال لنفسه فلا يتبع، وكذا إن أطلق الحديث، ولو باعه مع المال فقد نصّ في القديم(٢) على قولين:

أحدهما: أنه لا بدَّ من رعاية شرائط العقد فيهما.

والثاني: أنَّ المال ينتقل إلى المشتري مع العبد، وأنه لا بأس بكونه مجهولًا وغائبًا.

ولم يحتمل ذلك؟ قال أبو سعد: «لأن(٣) المال تابع، وقد يحتمل في التابع ما لا يحتمل في الأصل؛ بدليل الحمل واللبن وحقوق الدار»، وقال ابن سريج وأبو إسحاق: «المال ليس بمبيع [لا](٤) أصلًا ولا تبعًا، ولكن شرطه للمبتاع تبقية له على العبد كما كان؛ فللمشتري انتزاعه منه كما كان للبائع. فعلى هذا: لو كان المال ربويًّا والثمن من جنسه، فلا بأس، وعلى الأول لا يجوز ذلك، ولا يحتمل الربا في التابع، وأصح المعنيين عند الأصحاب: الثاني. قال الإمام: «ومحل هذا الخلاف ما إذا قال: بعتك العبد بماله، أمَّا لو قال: وماله، فهذا يتضمن قطع ملك العبد، ويثبت ملك المشتري.

وإن قلنا: إن العبد لا يملك فإدخال المال في البيع يكون كما إذا باع عبدًا ومالًا، ولا يخفي حكمهما مما تقدم.

فرع: لو كان العبد مأذونًا، وقد باعه مع ماله، فهل يحتاج إلى إذن جديد من المشتري، أم(٥)

---

(١) في د: لزم.
(٢) في د: الجديد.
(٣) في د: إن.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: أو.

يبقى على ما كان عليه؟ فيه وجهان، أظهرهما في «النهاية»: الثاني، إلاَّ أن ينهاه.

إذا باع العبد هل يستتبع ثيابه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ كما لا يستتبع بيع الدابة السرج.

والثاني: نعم، فعلى هذا وجهان:

أحدهما: المستتبع ما عليه من الثياب.

والثاني: ساتر العورة.

والصحيح عند صاحب «التهذيب»: وغيره وجه عدم الدخول، وكذا قالوا في عِذَار الدابة، وأمَّا نعلها فيدخل، وكذا بُرَة الناقة إلا أن تكون من ذهب أو فضة، كذا قاله الرافعي، و[في كلام][1] الإمام في باب «الرد بالعيب» إشارة إلى ترددٍ للأصحاب في أن نعل الدابة هل يدخل؟ ويعضده جريان الخلاف في الرفوف والسلالم المسمَّرة، والله أعلم.

---

(١) سقط في د.

باب بيع المصراة والرد بالعيب

المُصَرَّاةُ: قال أهل اللغة: هي الناقة، أو البقرة، أو الشاة أو نحوها تربط أخلافها، ولا تحلب أيامًا؛ فيجتمع في ضرعها لبنٌ كثيرٌ يتوهم المشتري أنَّ هذا اللبن عادتها في كل يوم، فيشتريها.

وهي من التصرية، والتصرية: الجمع.

يقال: صرّ الماء في الحوض، إذا جمعه فيه، وصَرَّاه في ظهره: إذا ترك الجماع؛ فاجتمع الماء فيه.

ويقال: صَرَّى يُصَرِّي تصرية، وهي مصراة مثل: غَذَّى المرأة يغذى تغذية فهي مغذاة.

وتسمى المصراة محفَّلة أيضًا، وهي لغة أهل العراق، وهي من الحفل وهو الجمع، ومنه قيل للجمع: المحفل.

وهذا الفعل حرامٌ؛ لما فيه من التدليس، وكذلك البيع؛ لأنه روي عن ابن مسعود أنه قال: «أشهد على الصادق المصدق أبي القاسم ﷺ أنه قال: «بَيْعُ الْمُحَفَّلات[1] خِلَابَةٌ[2]، وَلَا تَحِلُّ خِلَابَةُ مُسْلِمٍ»[3] ذكره عبد الحق.

---

(١) المحفلة: الشاة، أو البقرة، أو الناقة، لا يحلبها صاحبها أياماً حتى يجتمع لبنها في ضرعها، فإذا احتلبها المشتري حسبها غزيرة، فزاد في ثمنها، ثم يظهر له بعد ذلك نقص لبنها عن أيام تحفيلها، سميت: محفلة؛ لأن اللبن حفل في ضرعها: أي جمع.
ينظر: النهاية في غريب الحديث (٤/ ٤٠٨، ٤٠٩).

(٢) أي لا يحل لك خديعتي، أو لا يلزمني خديعتك، يقال: الخلابة، أن تخلب المرأة قلب الرجل بألطف القول وأخلبه، يقال: خلبه يخلبه بالضَّمِّ، وفي المثل: «إذا لم تغلب فاخلب» أي: فاخدع، ومنه السحاب الخلَّب: الذي لا مطر فيه. والخداع: هو إظهار غير ما في النفس، وإخفاء الغش، من خدعت عين الشمس: إذا غابت. وقيل معناه: الفساد، كما قال:

.... طيب الرّيق إذا الريق خدع

أي: فسد، كأنه يفسد ما يظهره من النصيحة بما يخفيه من الغش.
ينظر: النظم (١/ ٢٣٥، ٢٣٦)، وشرح صحيح مسلم (١٠/ ١٧٧) فتح العلام (٤٣٦)، غريب الحديث للهروي (٢/ ٢٤٣) والنهاية (٢/ ٥٨) والصحاح (خلب).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٥٣) كتاب «التجارات»، باب: «بيع المصراة» رقم (٢٢٤١)، والبيهقي =

قال: «**إذا اشترى ناقة، أو بقرة، أو شاة مصراة، وتبين**[1] **التصرية - فهو بالخيار بين أن يمسك، وبين أن يرد ويرد معها صاعًا من تمر بدل اللبن**» - أي: الذي كان موجودًا وقت العقد، سواء كان اللبن قليلًا أو كثيرًا، باقيًا بحاله لم يتغير أو غير باقٍ، وسواء كان التمر غالب قوت البلد أو لا، وسواء ساوت قيمة الصاع قيمة الشاة، أو نقصت عنها، أو زادت.

والأصل في ذلك: ما روى الشافعي وأبو داود بسندهما[2] عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا تُصِرُّوا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ لِلْبَيْعِ، فَمَنِ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلُبَهَا: إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّها وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ»[3].

وروى الشافعي عنه من طريق آخر قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً أَوْ مُحَفَّلَةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ: إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ لَا سَمْرَاءَ»[4].

قال الترمذي: وقوله: «لا سمراء» يعني: لا بُر. وقال غيره: قوله - عليه السلام - في الحديث الأول: «بعد ذلك» أي: بعد هذا النهي.

فدلَّ الأول على المدعي في الإبل والغنم؛ لكونها غالب أموالهم.

والثاني: على الجميع.

وهل ثبوت الخيار للتدليس الصادر منه أو لتضرر المشتري بما وطن نفسه عليه؟ فيه خلاف يظهر أثره فيما لو تحفَّلت بنفسها، أو صَرَّها غيره بغير إذنه، والأصح في

= (٥/ ٣١٧) كتاب البيوع، باب: «النهي عن التصرية».
قال البوصيري في «الزوائد»: في إسناده جابر الجعفي، وهو متهم.

(١) زاد في التنبيه: فيه.

(٢) في د: بإسنادهما.

(٣) أخرجه البخاري (٤/ ٣٦١) كتاب البيوع، باب: النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم، الحديث (٥٠/ ٢)، ومسلم (٣/ ١١٥٥) كتاب البيوع، باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، الحديث (١١/ ١٥١٥) وفي (٣/ ١١٥٨، ١١٥٩) باب: حكم بيع المصراة، الحديث (٢٦/ ١٥٢٤).

(٤) أخرجه البخاري (٤/ ٣٦١) كتاب البيوع، باب: النهي للبائع ألا يحفل الإبل والبقر والغنم، الحديث (٢١٥٠)، ومسلم (٣/ ١١٥٥) كتاب البيوع، باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، الحديث (١١/ ١٥١٥).

«التهذيب» ثبوته، ووراء ذلك [وجوهٌ أُخر][(١)]:

أحدها: أن اللبن إذا كان باقيًا لم يتغير لا يتعين عليه رد التمر، وله ردُّ اللبن، صرح به في «المهذب».

وزاد الشيخ أبو محمد [عليه][(٢)] فقال: [يتعين رد اللبن][(٣)].

وإذا كان تالفًا[(٤)] ردّ مثله، فإن أعوزه المثل ردّ قيمته؛ اعتبارًا بسائر المتلفات.

قال الإمام: وقد أومأ إلى هذا صاحب «التقريب» ولم يصرح به، وهو عندي غلط صريح.

الثاني: أن التمر إنما يتعين إذا كان غالب قوت البلد، أمَّا إذا كان الغالب غيره فهو الواجب، وهو قول الإصطخري وابن سريج، و[ابن][(٥)] أبي هريرة، على ما حكاه المحاملي.

الثالث: أنه لا يتعين وإن كان غالب قوت البلد، وهو قول [ابن][(٦)] أبي هريرة، على ما حكاه الماوردي، بل يجوز إخراج ما يجري في زكاة الفطر.

قال الإمام: «لكن لا يتعدى إلى الأقط»، وهذا صححه الرافعيُّ[(٧)]، ويشهد له أنه جاء في بعض الروايات - كما ذكرنا - ذكر التمر، وفي بعضها ذكر الطعام، كما خرجه الترمذي وصححه، وفي بعضها عن ابن عمر أنه - عليه السلام - قال: «مَنِ ابْتَاعَ مُحَفَّلَةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ رَدَّهَا رَدَّ مَعَهَا مِثْلَ أَوْ مِثْلَيْ لَبَنِهَا قَمْحًا»[(٨)] وذلك يشعر بالتخيير.

---

(١) في د: وجه آخر.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: باقيًا.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.
(٧) قوله: ووراء ذلك وجوه: أحدها: آن اللبن إذا كان باقيًا يرده. ثم قال: الثالث: أنه لا يتعين التمر وإن كان غالب قوت البلد، وهو قول ابن أبي هريرة على ما حكاه الماوردي؛ بل يجوز إخراج ما يجزئ في زكاة الفطر، وهذا صححه الرافعي. انتهى كلامه.
وما نقله من تصحيح الرافعي هنا غلط؛ فإن الذي صححه الرافعي في كتبه كلها إنما هو تعيين التمر، وأما المجزئ في الفطرة فصححه؛ تفريعًا على أن التمر لا يتعين. [أ و].
(٨) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٩٢) كتاب البيوع، باب: من اشترى مصراة نكرها (٣٤٤٦)، وابن ماجه (٣/ ٥٧٥) كتاب التجارات، باب: بيع المصراة (٢٢٤٠) والبيهقي (٥/ ٣١٩) كتاب البيوع، باب: الحكم فيمن اشترى مصراة، وذكره الحافظ في التلخيص (٣/ ٥٥) ونقل تضعيف البيهقي له وقال في فتح الباري (٥/ ١٠١) في إسناده ضعف.

الرابع - حكاه صاحب «التهذيب» وغيره عن أبي إسحاق-: أن التمر هو الأصل في جميع البلاد، فإن عدل إلى ما هو أعلى منه، بأن أعطى مكانه قمحًا - أي: وكان أكثر قيمة، كما صرح به غيره - يجوز، وإن عدل إلى ما دونه لا يجوز إلا برضا البائع.

قال القاضي أبو الطيب - حكاية عنه تتمة لذلك-: وإن كان في بلد يوجد[١] فيه التمر وجب فيه قيمة الصاع من التمر بالمدينة، وإن كان في بلد يوجد فيه التمر إلا أنَّ ثمنه كبير - يأتي على ثمن الشاة أو على الأكثر منه - قُوِّم بقيمة المدينة، والمحاملي حكى عنه في هذه الصورة أنه يلزمه قيمته بالحجاز، وأبدل لفظ الثمن بالقيمة.

والخامس: أن الصاع لا يتعين، ولكن الواجب [يتقدر][٢] بقدر اللبن؛ لما سبق من رواية ابن عمر، وعلى هذا فقد يزاد الواجب على الصاع وقد ينقص، ثم منهم من خصّ هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة، وقطع بوجوب الصاع فيما إذا نقصت عن النصف، ومنهم من أطلقه إطلاقًا.

ثم على قول اعتبار القيمة، قال الإمام: تعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز، وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز، فإذا كان اللبن عشر الشاة مثلًا، أَوْجَبْنا من الصاع عشر قيمة الشاة[٣].

---

(١) في د: لا يوجد. (٢) سقط في د.

(٣) قوله: الخامس: أن الصاع لا يتعين، ولكن الواجب يتقدر بقدر اللبن؛ لما سبق من رواية ابن عمر، وعلى هذا فقد يزاد الواجب على الصاع وقد ينقص. ثم منهم من خص هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة، وقطع بوجوب الصاع فيما إذا نقصت عن النصف، ومنهم من أطلقه إطلاقًا.

ثم على قول اعتبار القيمة، قال الإمام: تعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز، وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز فإذا كان اللبن عشر الشاة مثلًا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة. انتهى كلامه.

وهذا النقل عن الإمام غلط، ووقع للرافعي فقلده فيه المصنف؛ فإنه تفريع لا يلتئم بعضه ببعض؛ لأنه مفرع على أن الواجب يتقدر بقدر اللبن كما سبق في أول هذه المسألة، وأول هذا التفريع يقتضي اعتبار التمر والحيوان في التقويم، وأنه لا مدخل للبن فيه، وآخره يقتضي نسبة اللبن من الحيوان، والذي ذكره الإمام صحيح؛ فإنه قال: إنا إن لم نَرَ إيجاب الصاع نعتبر قيمة التمر والحيوان، فإذا فعلنا جرى الأمر في المبذول على الحد المطلوب. هذا كلامه، ولا شك أنه موهم، وقد أوضحه الغزالي في الوسيط فقال: إنا نقوم شاة وسطًا وصاعًا وسطًا في أكثر الأحوال، فإذا قيل: هو عشر الشاة مثلًا، أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة. هذا كلامه، وليس فيه اعتبار اللبن لا في الأول ولا في الأخير، وقد اختصره الشيخ عز الدين على هذا المعنى أيضًا، وبالجملة: فاختصاره على ما قاله الرافعي ثم المصنف، غلطٌ محض. [أ و].

وهذا كله فيما إذا لم يرض البائع، فأمَّا إذا تراضيا على غير التمر من قوت أو غيره، أو على رد اللبن[١] المحلوب عند بقائه - جاز بلا خلاف، كذا قاله في «التهذيب».

وحكى ابن كَجٍّ وجهين في جواز إبدال التمر بالبر عند اتفاقهما عليه.

فرعان:

على المذهب لو أعوزه التمر أعطى قيمته، وفي محلها وجهان:

أحدهما: قيمة أقرب بلاد التمر منه.

والثاني: قيمته بالمدينة.

لو كان ثمن الشاة صاعًا من تمر ردها وصاعًا من تمر، وقيل: تُقَوّم مصراة، فإذا قيل: عشرة، قوّمت غير مصراة، فإذا قيل: ثمانية، علم أن التفاوت الخُمُس؛ فيجب عليه خُمُس صاع.

تنبيه: قول الشيخ: «وتبين التصرية فهو بالخيار» يخرج ما إذا كان عالمًا بالتصرية حال العقد، ويشمل ما إذا تبين التصرية بعد ثلاثة أيام أو قبلها.

والحكم فيها عند الأصحاب مبني على أصل لا بد من ذكره، وهو ما إذا كان غير عالم بالتصرية حالة العقد، ثم علم بها؛ فإن له الخيار إلى ثلاثة أيام، جزم به الماورديُّ، لكن هل هو شرعيٌّ أو خيار عيب؟ فيه وجهان:

أولهما - قول أبي حامد المروروزي-: أنه يمتد إلى ثلاثة أيام، ولو كان خيار عيب لكان على الفور.

قال القاضي أبو الطيب - وقد حكى ذلك في «جامعه» وقال-: إن الشافعيَّ نصّ عليه في كتاب «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى».

والثاني - قول أبي إسحاق المروزي-: لأنه موضوع[٢] لكشف التدليس، والتدليس بالتصرية لا يعلم قبل مضي ثلاثة أيام؛ لأن كثرة اللبن في اليوم الأول يحتمل أن تكون بسبب التصرية، أو من أصل الخلقة، وقلته في اليوم الثاني يحتمل أن تكون من أصل الخلقة أو لاختلاف المرعى، فإذا حلبها في اليوم الثالث، وظهر

---

(١) في د: التمر.

(٢) في د: موضع.

نقصانه عن الأول تيقن حينئذ أنها مصراة.

فإن قلنا بقول أبي حامد ثبت له الخيار إذا كان عالمًا بالتصرية حال العقد، وإن قلنا بقول أبي إسحاق فلا، وهذا ما اختاره ابن أبي عصرون، وجزم به أبو الطيب، وحكى الرافعيُّ وغيره مثله عن ابن أبي هريرة فيما إذا ثبتت التصرية بإقرار البائع أو بشهادة عدلين، وصححه.

ويتفرع على قول أبي حامد وأبي إسحاق الفرع الآخر، وهو ما إذا مضت مدة الثلاث قبل العلم بالتصرية، فعلى قول أبي حامد: يسقط الخيار، وعلى قول أبي إسحاق: لا، صرح به الماورديُّ.

والسقوط على قول أبي حامد موافق لما حكاه الماوردي فيما إذا مات أحد المتعاقدين في مدة خيار الشرط، ولم يطلع وارثه إلاَّ بعد انقضاء مدته: أنه يسقط، ويتجه أن يجيء هاهنا تفريعًا على قول أبي حامد ما حكيناه ثَمَّ.

وفي «تعليق» البندنيجي: أن أبا إسحاق قال: لو أراد الرد قبل الثلاث لم يكن له؛ لأنه ما علم بالعيب، وإن أراده بعد الثلاث لم يكن له؛ لأنه ترك الرد بعد القدرة على معرفة العيب، وإنما [له][1] الرد عند انقضاء الثلاث.

وهل ابتداء الثلاث من حين العقد، أو من حين انقضاء خيار المجلس؟ فيه خلاف كما في خيار الشرط. حكاه الرافعيُّ.

آخر:

عدول الشيخ عن أن يقول: إذا اشترى حيوانًا مأكولًا مصراة، إلى ما ذكره - احترازٌ عن غير النعم من المأكولات؛ فإن فيه خلافًا، اختيار البصريين: أن حكم التصرية لا يثبت فيه، والصحيح - ما حكاه الرافعيُّ، وهو اختيار البغداديين-: الثبوت.

قال: «**وإن اشترى أتانا مصراة ردّها**»؛ لأن في كثرة لبنها نفعًا وغرضًا، فكان نقصه غبنًا[2] كالنقص في لبن النعم.

قال: «**ولا يرد بدل اللبن**» أي: سواء قلنا بنجاسته على المذهب، أو بطهارته [وجواز شربه، كما ذهب إليه أبو سعيد الإصطخري؛ لأنّا إن حكمنا بنجاسته فلا قيمة للنجس، وإن حكمنا بطهارته][3] ؛ فلأنه غير مقصود بالأعواض وهو تبع.

(١) سقط في د. (٢) في د: عيبًا. (٣) سقط في د.

وقيل على القول بالطهارة: إنه يجب الصاع - حكاه أبو الطيب والبندنيجي - ليس إلاَّ، والماوردي مع الأول.

وقيل: يجب الأرش عند الرد لا الصاع، وفي الرد وجهٌ أيضًا: أنه لا يثبت، ولكن يرجع بالأرش؛ بناء على أنه بخس، حكاه المحاملي، ومجموع ذلك أربعة أوجه.

تنبيه: الأتان: الأنثى من جنس الحمر، وجمعها: آتُن - بالمد وضم التاء - كعَنَاق وأَعْنُق، وجمع الكثرة: أُتُن وأُتْن كَكُتُب وكُتْب ومأتوناء - بالهمزة في أوّله والمد في آخره - حكاه الجوهريُّ.

قال: «**وإن اشترى جارية مصراة، فقد قيل: لا يرد**» - أي: ويأخذ الأرش؛ لأن اللبن إذا كان كثيرًا انتفع به الولد ونما؛ ففي نقصه إضرار بالمشتري، والثمن يختلف باختلافه، لكن لا يمكننا أن نقول: إنه يردها ولا يردّ شيئًا؛ لأنه قد حصل في يده اللبن الذي هو حق البائع فلا يجوز إبطال حقه، ولا يمكننا أن نقول[1]: إنه يردها ويرد معها صاعًا؛ لأن لبن الآدميات ليس له عوض مقصود؛ فلم يبق إلا أن يمسكها، ويأخذ أرش العيب.

قال: **وقيل: يرد**؛ لتدليسه وتضرر المشتري بعقده[2].

قال: «**إلاَّ أنه لا يرد بدل اللبن**»؛ لأنه غير مقصود في الأعواض[3]، ألاَ ترى أنه لا يباع في الأسواق؟!

وقد قيل: «إنه نجس»، وهذا القول بجملته هو الصحيح، ولم يحك المحاملي في «مجموعه» غير هذين القولين، و الذي جزم به البندنيجي جواز الرد، وحكى الخلاف في رد البدل، ووراء ذلك وجهان آخران:

أحدهما: أن له الرد، وإذا [ردّ][4] ردَّ بدل اللبن، وهو اختيار ابن [أبي][5] عصرون، والأصح في «تعليق» أبي الطيب.

والثاني: لا يرد ولا يرجع بالأرش، وهو ما ظنّ ابن يونس أنه القول الأول من كلام الشيخ.

فروع:

إذا اشترى مصراة، ثم زاد اللبن عنده، ولم يظهر نقصه عن حالة الشراء - فالأصح

---

(١) في د: نتأول. (٢) في د: بقصده. (٣) في د: الأغراض.
(٤) سقط في د. (٥) سقط في د.

أنه لا يثبت له الخيار، وهو ما حكاه في «التهذيب»، وحكى المحامليُّ وغيره وجهًا: أنه يثبت[١].

إذا رضي بعيب التصرية، ثم اطلع على عيب آخر فهل له الرد؟ ينظر: إن علم بالتصرية بعد العقد كان له الرد، وردّ بدل لبن التصرية إن كان مقابلًا، صرح به الماوردي.

وحكى الإمام أن بعض أصحابنا خرج ذلك على تفريق الصفقة.

وإن علم بالتصرية حال العقد، ورضي بها، ففي جواز ردها بالعيب وجهان، خرجهما ابن أبي هريرة من اختلاف قوليه في تفريق الصفقة. قاله الماوردي، ويجتمع من النقلين في المسألتين الخلاف.

إذا اشترى غير مصراة، واطلع بها على عيب نظر: إن اشتراها ولا لبن في ضرعها كان له الرد، وإن كان في ضرعها لبن فحلبه.

قال الماوردي: له الرد، ويجب عليه [رد][٢] بدل اللبن، ولكن لا يلزمه رد صاع؛ لأن الصاع عوض لبن التصرية، فإن اتفقا على قدره، وإلاَّ فالقول قول المشتري.

وفي «تعليق» أبي حامد حكاية عن نصه: «أنه لا يرد بدله؛ لأنه قليل غير معتنى بجمعه، بخلاف ما في المصراة، وهو ما حكاه القاضي [الحسين عن القديم، وحكى وجهًا: أنه إذا كان ضرعها ممتلئًا من اللبن يرد، ويرد معها صاعًا من التمر، وهو الأظهر، ثم حكى فيما إذا كانت لبونًا أنه يردها، ويرد بدل اللبن، لكن ما المردود؟ فيه وجهان:

أحدهما: الصاع، وهو ما حكاه][٣] في «التهذيب».

والثاني: قيمة ذلك اللبن.

وفي «تعليق» البندنيجي: أن اللبن إذا كان تالفًا، فليس له الرد إذا قلنا: لا تفرق[٤] الصفقة، وله الأرش، وإن كان اللبن قائمًا فهل له الرد مع اللبن أم لا؟ على الوجهين فيما إذا ردّ[٥] لبن المصراة ولم يتغير: هل يجبر البائع على القبول؟

---

(١) في د: ثبت. (٢) سقط في د. (٣) سقط في د.
(٤) في د: بتفريق. (٥) في د: زاد.

فإن قلنا: لا رد له، فهو كالتالف، وكلام أبي الطيب في «التعليق» قريب من ذلك، و الذي حكاه في «المرشد»: أنه ليس له الرد، سواء كان اللبن باقيًا أو تالفًا، ولكن يرجع بالأرش، ورأى الإمام تخريج ذلك على أنَّ اللبن هل يأخذ قسطًا من الثمن أَمْ لا؟

قال: «فإن[1] **اشترى جارية قد جُعِّد شعرها أو سُود، ثم بان أنها سَبطة أو بيضاء الشعر - ثبت له الخيار**»؛ لأنه تدليس يختلف به الثمن؛ لاختلاف الأغراض، فأثبت الخيار له كالتصرية.

وأيضًا فإن الجعودة تدل على قوة الجسد، وفقدها دليل على ضعف الجسم، كذا قاله الماوردي.

ومحل ثبوت الخيار في الجعودة ما إذا كان المشتري قد رأى الشعر، أمَّا إذا لم يكن قد رآه حالة العقد، وصححنا العقد فلا خيار، إلاَّ أن يكون قد شرط أنها جعدة الشعر. كذا حكاه الماوردي، ونبه عليه البندنيجي بقوله: «وكان قد شاهدها جعدة»، وطرده فيما إذا اشترى جارية شاهدها بيضاء فبانت سمراء، أو شاهدها محمرة الوجنتين، فبانتا بيضاوين، وكان ذلك بصنعة آدمي، وهذا منه يدل على أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون بإذن البائع أو بغير إذنه، وفيه احترازٌ عمَّا إذا تجعد الشعر بنفسه؛ فإنه لا يثبت الخيار، وقد صرح به في «الإبانة»، وحكى وجهين فيما إذا رآها سبطة فبانت جعدة.

وقول الشيخ: «جعد» وكذا الفوراني يرشد إلى ما يقتضيه إيراد البندنيجي، وهو قضية ما صححه البغوي في مسألة المصراة[2].

وإرسال الزنبور على وجه الجارية، أو على بطنها ليظن أنها سمينة ملحقٌ بتسويد الشعر.

ولو لطخ ثوب الغلام بالمداد حتى يظهر[3] أنه كاتب، أو ألبسه ثيابًا تختص بصنعة

---

(١) في التنبيه: وإن.

(٢) قوله: وقول الشيخ: جعل، يرشد إلى أنه لا رد فيما إذا تحفَّلت الشاة بنفسها، وهو قضية ما صححه البغوي في مسألة المصراة. انتهى.
وما يحصل من كلامه من تصحيح البغوي، عدم الرد فيما إذا تحفلت بنفسها - غلطٌ؛ بل صحح العكس، وقد نقل هو عنه ذلك في موضعه، أعني ابن الرفعة. [أ و].

(٣) في جـ: أظهر.

مخصوصة يظن أن لابسها من أهلها، أو أُعْلفت البهيمة حتى تَرْبَأ بطنها وظُنَّ أنها حامل، أو أرسل الزنبور على ضرعها حتى انتفخ وظنت لبونًا - فأصح الوجهين أنه لا يثبت، وفي «الإبانة» أن اختيار الشيخ أبي حامد: الثبوت في ظن الحمل، ووجه مقابله: بأن امتلاء بطنها ليس إليه، لكن إلى الله تعالى.

تنبيه: جُعّد شعرها: بضم الجيم، وتشديد العين.

قال أهل اللغة: جعدت الشعر تجعيدًا، وهو شعر مجعَّد: إذا كان فيه تقبُّض والتواء، لا المفلفل كشعور الزنج.

سَبطة - بفتح السين وإسكان الباء وفتحها وكسرها-: أي مسترسلة الشعر من غير تقبُّض.

قال: «**ومن علم بالسلعة عيبًا لم يجز أن**[1] **يبيعها حتى يبين**[2] **عيبها**»؛ لما روى مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللًا، فقال: «مَا هَذَا يَا صَاحِبَ الطَّعَامِ؟ قَالَ: أَصَابَهُ المَاءُ يَا رَسُولَ اللهِ، قَالَ: «أَفَلَا جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَامِ كَيْ يَرَاهُ النَّاسُ؟! مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا»[3]. وروى عقبة بن تمام عن النبي ﷺ أنه قال: «الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا يَعْلَمُ بِهِ عَيْبًا إِلَّا بَيَّنَهُ لَهُ»[4] رواه ابن ماجه.

وفي المرشد أن غير المالك إذا علم بالعيب لزمه بيانه.

قال: **فإن باع ولم يبين فالبيع صحيح**؛ لأنه - عليه السلام - صحَّح بيع المصراة مع وجود التدليس.

قال: **وإذا علم المشتري بالمبيع عيبًا كان موجودًا عند العقد، أو حدث قبل**

---

(١) في د: له. (٢) في د: يتبين. (٣) تقدم.

(٤) أخرجه أحمد (٤/١٥٨)، وابن ماجه (٣/٥٧٨) كتاب التجارات باب من باع عيبًا فليبينه (٢٢٤٦)، والحاكم (٢/٨)، والبيهقي (٥/ ٣٢٠) كتاب البيوع باب جماع أبواب الخراج بالضمان والرد بالعيوب.

وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

فأما حكمه بصحته فصحيح؛ لأن رواته كلهم ثقات من رجال الصحيح ولا يظهر فيه علة مانعة.

وأما قوله: إنه على شرط الشيخين ففيه نظر؛ لأن في رواته يحيى بن أيوب وهو الغافقي، وشيخ شيخه عبد الرحمن بن شماسة وكلاهما لم يرو عنه البخاري، وإنما هما من أفراد مسلم.

القبض - أي: واستمر إلى حالة الاطلاع عليه - **فهو بالخيار بين أن يمسك**[(١)] ، **وبين أن يرد**[(٢)] .

أمَّا إذا كان موجودًا عند العقد؛ فلما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أن رجلًا اشترى غلامًا في زمان النبي ﷺ فكان عنده ما شاء الله، ثم ردّه من عيب وجده، ولأحاديث المصراة؛ فإنه - عليه السلام - جعل للمشتري الخيار مع تدليس البائع بما ليس بعيب؛ فكان التدليس بالعيب أولى.

وأمَّا إذا كان حدث قبل القبض؛ فلأن المبيع من ضمانه فكذلك جزؤه ووصفه، وادعى القاضي أبو الطيب - في أثناء مسألة حدوث العيب عند المشتري - إجماع المسلمين على ذلك.

أمَّا إذا علم بالعيب بعد زواله - إمَّا في يده أو في يد البائع - فأصح الوجهين: أنه لا يثبت الخيار، وهما مخرجان على ما حكاه الأصحاب في باب بيع المصراة من القولين فيما إذا عَتَقَتِ الأمةُ تحت عبد فلم يعلم حتى عَتَقَ، وحكاهما في «الإشراف» قولين أيضًا، ولا نزاع في أن العيب إذا وجد في يد البائع، وزال[(٣)] في يده قبل العقد - أنه لا حكم له إذا لم يعد في يد المشتري، صرح به صاحب «الإشراف»، أمَّا إذا عاد ففيه كلام سأذكره، إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا اشترى ولي الطفل له شيئًا، ثم اطلع على عيب به - نظر: إن كان الشراء بعين المال فالعقد باطل، وإن كان بثمن في الذمة نفذ في حق الولي. فأمَّا إذا اشترى شيئًا سليمًا، فحدث به عيبٌ قبل القبض: فإن كان النظر في الإمساك أمسكه، وإن كان في الرد ردّه، فإن ترك الرد نظر: إن كان العقد ورد على ثمن في الذمة انقلب الشراء إلى الولي، وإن كان قد اشترى بعين مال الطفل بطل العقد، كذا حكاه المتولي.

وفي «الوسيط» في كتاب التفليس: أنه ليس له الرد إذا كان يساوي أضعاف الثمن، ولا يطالب بالأرش؛ فإن الرد في حقه ممكن، وإنما وقع الامتناع مع الإمكان للمصلحة.

وحكى الإمام منع الرد - أيضًا - فيما إذا كان يطلب بأكثر من ثمن المثل عند

(١) في م: يمسكه.
(٢) في م: يرده.
(٣) في د: زاد.

الكلام في سلامة الغرة، ولم يفصل واحد منهما بين أن يكون العيب موجودًا عند العقد، أو حدث بعده.

قال: «**فإن أخر الرد من غير عذر سقط حقه**، من الرد؛ لأنه خيار ثابت بالشرع لدفع الضرر على المال؛ فكان على الفور كخيار الشفعة.

وقولنا: «ثابت بالشرع» احترازٌ عن خيار الشرط.

وقولنا: «لدفع الضرر عن المال» احترازٌ عن خيار الإيلاء، واستيفاء القصاص، والأمة تعتق تحت عبد على رأي، وكذا العنة.

والعذر المبيح للتأخير: أن يطلع على العيب وهو آكل أو مُصَلٍّ أو قاضٍ حاجةً، أو اطلع عليه وقد دخل وقت ذلك فاشتغل به، وكذا لو لبس ثوبًا أو أغلق بابًا، وكذا لو بلغه وهو ممنوع بعينه أو مرض؛ فإن حقه باق إلى أن يزول المنع[1] صرح به الماوردي.

ولو وقف عليه ليلًا فله التأخير إلى أن يصبح، صرح به الماوردي وغيره.

وفي «التتمة»: أنه إذا لم يتمكن في الوقت من حضور مجلس الحكم، ولا من إحضار الشهود ليفسخ بحضرتهم، ولا من إخبار البائع بذلك - فعامة أصحابنا قالوا: لا بد أن يقول في الوقت: فسخت العقد؛ لأنه قادر عليه، فإن لم يفعل سقط حقه، ونسب ما حكيناه أولًا إلى قول القفال، وقاربه في الإيراد الشاشيُّ في «حليته».

وإذا أبق العبد في يد البائع بعد العقد ولم يعد، فأخر المشتري الفسخ - لم يبطل حقه، بل لو صرح بإسقاطه لا يبطل.

قال الإمام في كتاب «السلم»: وقد أبعد بعض أصحابنا وقال: إنه يبطل إذا أبطله، وجَهْلُ المشتري بثبوت الخيار، أو بكونه على الفور مع اطلاعه على العيب - ليس بعذر، إلاَّ أن يكون حديث عهد بالإسلام أو نشأ في بَرِّيَّة.

وفي «الزوائد» في كتاب «النكاح» أن صاحب «الفروع» قال: إذا ادّعى المشتري الجهالة بالرد بالعيب فهل يعذر؟ على قولين؛ كالأمة إذا ادّعت الجهالة بالحكم.

واعلم أن كيفية الرد على ما فهمه الرافعي من كلام الأصحاب [أن][2] البائع إن

---

(١) زاد في د: وكذا لو لبس ثوبًا أو أغلق بابًا.

(٢) سقط في د.

كان في البلد ردّ عليه بنفسه أو بوكيله، وكذا لو كان وكيله حاضرًا، ولا يضر اشتغاله عن الرد بالسلام على البائع، فلو تركه في البلد، ورفع الأمر إلى القاضي لم يضر، وإن كان غائبًا عن البلد رفع الأمر إلى الحاكم.

قال القاضي في «فتاويه»: «فيدعي[١] شراء ذلك من فلان الغائب بثمن معلوم، وأنه أقبضه الثمن، وقد ظهر لي به عيبٌ، وقد فسخت، ويقيم البينة على ذلك في وجه مسخر ينصبه القاضي ويحلفه القاضي مع بينته[٢]، ثم يأخذ المبيع منه ويضعه على يد عدل، ويبقى الثمن في ذمة الغائب، فيقضيه له القاضي من ماله، فإن لم يجد له سوى المبيع باعه فيه، وإذا لم يتأتَّ الإتيان إلى الخصم أو القاضي في الحالين[٣]، وتمكن من الإشهاد على الفسخ: هل يلزمه ذلك؟ فيه وجهان، المنقولُ عن المتولي وغيره منهما: اللزوم، ويجري الخلاف فيما إذا أخر بعذر مرض أو غيره.

وإن عجز عن الإشهاد فهل عليه التلفظ بالفسخ؟ فيه الخلاف السابق، والصحيح عند الإمام والبغوي أنه لا حاجة إليه.

وفي «الوسيط»: أن البائع إن كان حاضرًا ردّ عليه، وإن كان غائبًا تلفظ بالرد، وأشهد شاهدين [عليه][٤]، فإن عجز حضر عند القاضي وأعلمه الرد، ولو رد إلى القاضي، والخصمُ حاضر فهو مقصر، وأشار الإمام إلى خلاف في هذه الحالة، وقال: «إن هذا ظاهر المذهب، لكنه ذكر في الشفعة أن الشفيع لو ترك المشتري، وابتدر إلى مجلس الحكم، واستعدى عليه - فهو فوق مطالبته المشتري؛ لأنه ربما يحوجه آخرًا إلى المرافعة[٥]، وحكينا معًا وجهين فيما إذا تمكن من الإشهاد وتركه، ورفع إلى القاضي.

وهذا يدلُّ على أن المضي إلى القاضي أقوى من لقاء الخصم، وأما الإشهاد فهو أقوى من المضي إلى القاضي على وجه ومساوٍ له في وجه، والمذكور هاهنا: أن لقاء الخصم أقوى من الإشهاد. والإشهاد أقوى من المضي إلى القاضي، فليتأمل.

وقد أبدى الرافعيُّ إشكال هذا الترتيب على غير هذا النحو.

ويشترط مع المبادرة إلى الرد ألاَّ ينتفع بالمبيع قبل التمكن من الرد، فإن فعل بطل

---

(١) في د: فيدع. (٢) في جـ: بينة. (٣) في جـ: الحالتين.
(٤) سقط في جـ. (٥) في د: أن يرافعه.

حقه، إلاَّ أن يكون يسيرًا جرت العادة [بمثله في عرف الملك][(١)]؛ كقوله للجارية المبيعة، وقد وقف على عيبها: أغلقي الباب، أو[(٢)] ناوليني الثوب، أو ما جرى مجراه؛ فإنه لا يضر عند الماوردي، والأشبه[(٣)] عند غيره: أنه لا فرق. ولو كان المبيع دابة، فحين علم بعيبها ركبها ليردها، فإن عسر ردها إلاّ به لم يضر، وإلاَّ فوجهان:

قول ابن سريج منهما أن ذلك لا يمنع من الرد كما حكاه عنه الماوردي، وهو المذكور في «المهذب»، وطرده فيما إذا علف الدابة أو سقاها في الطريق.

وفي «الحاوي»: يبطل بذلك حقه، وفي «الشامل»: أنه لو حلب المبيع في طريقه لم يكن رضا؛ لأن اللبن له، فإذا استوفاه في حال الرد جاز كمنافعها، ونقل الروياني جواز الانتفاع في الطريق مطلقًا، وهو قضية كلام ابن الصباغ حتى روى عن أبيه جواز وطء الثيب.

وفي الرافعيّ: أنه لو اطلع على عيب بالثوب، وهو لابسه في الطريق، فتوجه للرد ولم ينزع - فهو معذور، والله أعلم.

قال: «فإن[(٤)] **لم يعلم بالعيب حتى حصلت له منها فوائد حدثت في ملكه**» أي: كالولد، والثمرة، والكسب - **أمسكها وردّ الأصل**»:

أمَّا في الكسب فبالاتفاق على ما حكاه القاضي أبو الطيب وغيره، والأصل [فيه][(٥)] ما روى الشافعيّ بسنده عن مخلد بن خفاف أنه ابتاع غلامًا، فاستعمله، ثم أصاب به عيبًا، فقضى له عمر بن عبد العزيز برده وغَلَّته، فأخبر عروة عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قضى في مثل هذا «أن الخراج بالضمان»؛ فرد عمر قضاءه، وقضى لمخلد برد الخراج.

وأمَّا في الباقي فبالقياس على الكسب، وادّعى القاضي أبو الطيب أن قول عائشة: «قَضَى رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ» دالٌّ عليه؛ إذ لم يفرق بين الكسب والولد والثمرة؛ فهو على عمومه، ولا فرق في ذلك بين [أن يحدث في يد البائع، أو في يد المشتري، وإطلاق العراقيين يدلّ على أنه لا فرق بين][(٦)] أن يقع الرد قبل القبض أو

(١) في جـ: برد مثله في غير الملك.
(٢) في د: و.
(٣) في جـ: والأشهر.
(٤) في التنبيه: وإن.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.

بعده، وفي طريقة المراوزة حكاية وجه: أن الردَّ إذا وقع قبل القبض كان رفعًا للعقد من أصله، وربما طرد فيما بعد القبض أيضًا على ما اقتضاه كلام مجلي؛ فتكون الزوائد للبائع، وقد رأيت في «مجموع المحاملي» في مسألة عيب البطيخ الجزم بأنه إذا ردّ بالعيب انفسخ العقد من أصله، وصار كأنه ممسكٌ للشيء بالسَّوْم.

واعلم أن ردّ الأم دون الولد مفروض في غير الآدمي، أو فيه ولم يتفق الاطلاع على العيب إلاَّ بعد انتهاء الولد إلى السن الذي يجوز التفريق فيه، أمَّا إذا لم ينته إليه ففي جواز الرد وجهان:

أصحهما في «تعليق» أبي الطيب وغيره [هاهنا](١): الجواز أيضًا.

والثاني: لا يرد، ويرجع بالأرش، وهذا ما جزم به أبو الطيب وغيره في كتاب «السير» كما حكيناه من قبل.

وقول الشيخ: «حدثت في ملكه» احترز بلفظ الحدوث عمَّا إذا اشترى حيوانًا حاملًا، ووضع في ملكه، أو نخلًا وعليه طلع غير مؤبر، ثم أُبر في ملكه؛ فإن في ذلك خلافًا مبنيًّا على أنه يقابله قسط من الثمن أم لا؟ فإن قلنا: يقابله، ردّه مع المبيع، وإلاَّ فهو كما لو حملت به في ملكه، أو أطلع النخل في ملكه. هذا ما حكاه الأصحاب هاهنا.

وفي الرافعي في «الصداق»: أنه لو أصدق زوجته أمة حاملًا، ووضعت في يد الزوجة، ثم طلقها، وقلنا: الحمل يقابله قسط من الثمن - أنه يسلم للمرأة، ولا حق للزوج [بسببه](٢) على وجه؛ لأن هذه زيادة ظهرت بالانفصال، ولا قيمة له حالة الإحسان.

قلت: ومن مقتضى هذا التعليل أن يجيء هذا الوجه هاهنا، واحترز الشيخ بما ذكره أيضًا عما إذا اشترى شاةً، وعليها صوف فجزه؛ فإنه يجب ردّه معها، وإن استخلف قدره(٣) قبل الرد، وقد صرح بذلك القاضي الحسين قبيل باب المصراة.

ولو اشترى الجارية حائلًا، والشجرةَ ولا حمل لها، ثم حملت في يد المشتري ولم يعبها الحمل، أو في يد البائع، وكذلك النخلة أطلعت في ملك المشتري ولم

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: فكره.

تؤبر - فهل يدخل الحمل والثمرة في الرد، أو يبقيان على ملك المشتري؟ فيه وجهان في «النهاية»، ولا يخفى أنه إذا ردّ المبيع بالعيب استرد الثمن إن كان باقيًا ووَرَدَ العقد على عينه، وإن ورد على ما في الذمة، وعين في المجلس، وغيره - كما حكاه الرافعي في نظيره من الصداق - فهل يتعين؟ [فيه وجهان، والمذهب: التعيين. نعم، لو كان الثمن الذي في الذمة ألفًا، فأخذ عنه ثوبًا، ثم ردّ عليه المبيع بالعيب: فهل يتعين][1] عليه رد الثوب أو ألف؟

المنقول عن القاضي أبي الطيب: أنه يرجع بالثوب؛ لأنه إنما ملكه بالثمن، فإذا فسخ البيع سقط الثمن عن ذمة المشتري؛ فينفسخ بيع الثوب به.

وقال الأكثرون: يرجع بالألف، ومادة هذا الخلاف تأتي في باب الحوالة، إن شاء الله تعالى.

قال:وإن[2] **قال البائع: أنا أعطيك الأرش عن العيب - لم يلزمه قبوله**؛ لأنه لم يرض إلا بمبيع سليم بجميع الثمن؛ فلا يلزمه المعيب ببعض الثمن.

[قال:«**وإن طالب المشتري بالأرش لم يلزم البائع**» ؛ لأنه لم يبذل المبيع إلاّ بكل الثمن، فلا يجبر على تسليمه ببعض الثمن][3] .

قال:«**وإن تراضيا على أخذ الأرش**» أي: مع كونه لا مانع من الرد «**فقد قيل**[4] : **يجوز**»؛ لأنه خيار يسقط إلى مال، وهو إذا حدث عنده عيب، وتعذر ردّه لأجله، وما يسقط إلى مال يجوز التراضي على إسقاطه بمال، أصلُهُ القصاص، وهذا ما اختاره ابن سريج، وحكى البندنيجي في كتاب الشفعة: أنه حكاه أيضًا[5] في القديم.

قال:«**وقيل: لا يجوز**» ؛ لأنه خيار جعل لفسخ البيع؛ فلا يجوز التراضي على إسقاطه بمال، أصله خيار المجلس وخيار الشرط، وهذا هو ظاهر المذهب والصحيح، ويخالف القصاص؛ لأن للولي أن يعفو عن القصاص على مال من غير رضا القاتل، ولا يجوز هاهنا أن يعفو من غير رضا البائع، فعلى هذا هل يسقط الخيار؟ ينظر: إن كان المشتري عالمًا بفساد هذا التراضي بطل خياره، وإلاّ فوجهان، أصحهما في «تعليق» أبي الطيب وغيره: أنه لا يسقط.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في التنبيه: فإن.
(٤) في جـ: فقيل.
(٥) في د: نصًا.

تنبيه: **الأرش في اللغة**: عبارة عن التأريش، وهو الإغراء على الشيء.

وفي الشرع: عبارة عن الشيء المقدّر الذي يحصل به الجبر عن الفائت، وهو جزء من الثمن يعتبر باعتبار القيمة - كما سنذكره - قاله الجيلي.

قال: «وإن[1] **اشترى عبدين** - أي: صفقة واحدة - وهما لمالك واحد، «فوجد بأحدهما عيبًا ردّه، وأمسك الآخر في أحد القولين».

هذا الخلاف مأخذه جواز تفريق الصفقة في الدوام، فإن قلنا به جاز إفراد أحد العبدين بالرد، رضي البائع أو لم يرضَ، ويجوز أيضًا ردهما، وفي «الوسيط» وجه: أنه لا يجوز ردهما إلاَّ إذا كانا معيبين. وإن قلنا بعدم جواز تفريق الصفقة فلا يجوز إلاَّ أن يرضى البائع، كما صرح به الماوردي وأبو الطيب.

وحكى الإمام في باب تفريق الصفقة وجهًا: أنه لا يجوز وإن رضي البائع، قال الغزالي: وهو الأقيس. وله ردهما جميعًا على هذا القول بلا خلاف.

ثم مقتضى البناء المذكور أن يكون الصحيح جواز إفراد المعيب[2] بالرد؛ لأن الصحيح جواز تفريق الصفقة، لا سيما في الدوام، [لكن][3] الأصح من القولين هنا كما حكاه الماوردي، وهو ظاهر المذهب في «تعليق» القاضي أبي الطيب-: المنع.

التفريع:

على قول الجواز استرداد قسط المردود[4] من الثمن بلا خلاف، ولا يغرم أرش التبعيض أيضًا، صرح به الإمام وغيره من الطريقين.

وعلى قول المنع إذا لم يردهما لا أرش له؛ لإمكان ردهما معًا.

صرح به القاضي الحسين في باب «تفريق الصفقة»، وأبو الطيب هنا.

و[في][5] «ابن يونس» أن الغزالي قال: يرجع بالأرش.

ولم أره في «الوسيط» إلاَّ فيما إذا تلف أحد العبدين - كما سأذكره - وكذلك هو في «تعليق» أبي الطيب.

وعلى قول المنع أيضًا: إذا ردَّ المعيب لم ينفذ، وحكى الشيخ أبو علي وجهًا: أن رد المعيب يتضمن ردهما معًا.

---

(١) في التنبيه: فإن. (٢) في د: الصحيح. (٣) سقط في د.
(٤) في د: للمردود. (٥) سقط في د.

ولو كان السالم من العيب تالفًا، ففي جواز رد المعيب قولان مرتبان وأولى بجواز الرد، ولم يرتبهما أبو الطيب في «تعليقه»، فإن منعناه تعين له الأرش كما ذكرنا. ولو لم يكن تالفًا ولكن كان قد باعه ففيه القولان أيضًا، فإن منعنا الرد فهل له الأرش؟ فيه وجهان في «الحاوي» ينبنيان على قول أبي إسحاق وابن أبي هريرة - كما ستعرفه - وكذلك حكاهما القاضي في «شرح الفروع».

ولو رد قيمة التالف على قول المنع[1]، وأراد ردها مع القائم فوجهان مرتبان، وأولى بالمنع، كذا رتبه المراوزة، وأنكر القاضي أبو الطيب عليهم جواز رد قيمة التالف وقال: ذلك مخالف لنص الشافعي. وطريق الشيخ أبي حامد: أن محل القولين فيما إذا اطلع على[2] عيب بالعبدين، ثم هلك أحدهما بعد القبض - فهل له رد الباقي؟ فإن قلنا بجواز تفريق الصفقة رده بالحصة، وإلاَّ فلا، ورجع بالأرش.

أمَّا إذا اطلع على عيب بأحدهما وردهما ممكن، فليس له إلاَّ ردهما، أو[3] إمساكهما، ولا نزاع في أنه لو كان المبيع زوجي خف أو باب فليس له رد أحدهما؛ لما في ذلك من التنقيص، وكذلك لو كان المُشْتَرَى عبدًا واحدًا، فأراد ردّ بعضه. قال الرافعي في مسألتي الخف والباب: «وقد ارتكب بعضهم طرد القولين فيهما».

وفي «النهاية»: أن الشيخ قال: «رأيت لبعض أصحابنا في العبد الواحد أنَّ المسألة تخرج على قولين، وقد رأيت هذا لصاحب «التقريب»، وهو خطأ عندي، و الذي ذكره الأئمة: أنه أو اشترى عبدًا، و[4] باع نصفه، ثم اطلع على عيب قديم [به][5]؛ فأراد ردّ النصف الباقي مع ضمه أرش عيب التبعيض - فهو يندرج تحت التفاصيل في العيب القديم والحادث. انتهى.

والذي جزم به القاضي أبو الطيب في هذه الصورة أيضًا: أنه لا يرد، ولكن هل يرجع بأرش النصف الباقي؟ فيه وجهان حكاهما في «شرح الفروع».

أمَّا إذا كان البائع للعبدين مالكين، أو وكيلين عنهما، وجوزناه - جاز له إفراد أحد العبدين قولًا واحدًا. صرح به الإمام في العبد الواحد، وهو هنا أولى.

وحكى صاحب «البحر» في كتاب الشركة: أن العبد الواحد لو كان لشخصين،

---

(١) في د: المبيع.
(٢) في د: في.
(٣) في د: و.
(٤) في جـ: أو.
(٥) سقط في د.

فوكل أحدهما صاحبه في بيعه - نظر: إن صرح عند البيع بأن له شريكًا فيه، فللمشتري ردّ نصيب أحدهما، وإن لم يصرح فهل له الرد؟ فيه وجهان، أحدهما: لا؛ لأن متولي العقد واحد.

فرع: إذا قلنا برد العبد الثاني من العبدين وحده بعد تلف أحدهما، واختلفا في قيمة التالف - فالقول قول البائع على الأصح؛ لأنه ملك جميع الثمن. وقيل: القول قول المشتري؛ لأنه غارم.

قاله القاضي أبو الطيب.

قال: «وإن اشترى اثنان عينًا» - أي: من مالك واحد - «فوجدا بها عيبًا، جاز لأحدهما أن يرد نصيبه دون الآخر»؛ لأنه ردَّ بالعيب جميع ما لزمه ثمنه؛ فجاز له الرد كالمشتري الواحد، وهذا ما نصّ عليه في كتبه الجديدة، ومعظم كتبه القديمة - على ما حكاه الإمام - ومنه يؤخذ أن الصفقة تتعدد بتعدد المشتري، كما حكيناه من قبل: أنه الأصح.

وحكى الإمام والماوردي عن أبي ثور أنه حكى عن الشافعي أنهما ليس لهما إلاَّ ردهما أو إمساكهما، وليس لأحدهما أن ينفرد برد حصته؛ احتجاجًا بأن المبيع خرج عن يد بائعه صفقة واحدة؛ فلم يجز تبعيضها عليه برد بعض الصفقة كالمشتري الواحد ومن هذا أخذ أن الصفقة - وإن تعدد المشتري - متحدة على ما قاله الإمام، لكنه حكى بعد ذلك أن على قول المنع لو كان المبيع من ذوات الأمثال كصاع حنطة مثلًا وقد اقتسماه - فهل لأحدهما رد ما أخذه بما اطلع عليه من العيب؟

اختلف الأصحاب فيه، والخلاف مأخوذٌ من المعنيين في توجيه قول المنع: فإن كان التعويل على اتحاد الصفقة فلا فرق، وإن وقع التعويل على أنَّ التبعيض عيبٌ حادثٌ [فهذا لا][1] يتحقق في الحنطة وغيرها؛ فعلى هذا يجوز، ومقتضى التعليل الثاني منع [أخذ][2] اتحاد الصفقة من هذا النص، والله أعلم.

التفريع:

إن قلنا بالجديد، فرد أحدهما نصيبه واسترجع ما دفع ففيه وجهان:

---

(١) في د: فهلا يتحقق.

(٢) سقط في د.

أصحهما: أن الشركة [بين المشتريين][(١)] قد بطلت بالرد؛ فيكون نصف العبد [للممسك، وللراد نصف الثمن.

والثاني: أن الشركة بينهما على حالها؛ لأنه لو لم يكن بينهما قسمه، فعلى هذا نصف العبد][(٢)] بينهما، ونصف الثمن المسترجع بينهما. حكاه الماوردي.

قلت: ويظهر أنه محمول على ما إذا كان الثمن مشتركًا بينهما، أمَّا إذا لم يكن فلا وجه لذلك.

وإن قلنا بالقديم فهل لمن أراد رد حصته الأرشُ؟ ينظر: إن كان المبيع عبدًا، فأعتق الشريك حصته وهو معسر، رجع به، وإن لم يكن قد أعتق الحصة، أو كان المبيع غير رقيق نظر: فإن أجاز الشريك أيضًا العقد، فرجوع الآخر بالأرش ينبني على أنه لو ملك نصيب المجبر، وأراد رده مع نصيبه، ويرجع بما يقابل حصته من الثمن لا غير، فهل يجبر البائع على القبول؟ فيه وجهان.

فإن قلنا: لا، رجع بالأرش، فإن قال: أنا أقبله.

فإن قلنا: نعم، فهل يرجع بالأرش؟ فيه وجهان، أصحهما في «النهاية»: أنه يرجع أيضًا.

وإن غاب الشريك ولم يبطل حقه، فقد نقل صاحب «التقريب» وجهين في أنه هل يرجع بالأرش للحيلولة الناجزة. ولا يخفى الحكم بعد ما ذكرناه فيما لو كان البائع أو[(٣)] المشتري، أو كلاهما وكيلًا، لكن مع ملاحظة ما ذكرناه في اتحاد الصفقة وتعددها في باب «ما يجوز بيعه».

فرع: لو كان البائع أو[(٤)] المشتري واحدًا، فمات المشتري، وخلف وارثين - فليس لأحدهما ردّ نصيبه على الأصح، لكن يجب له الأرش عند إجازة الآخر على أحد الوجهين، [كما هو محكيٌّ][(٥)] في «زوائد» العمراني في خيار المجلس.

وفي الرافعي حكاية وجه: أنه يجوز أن ينفرد برد نصيبه؛ لأنه رد جميع ماله، والمذكور في هذا الفرع في «الحاوي»: أن البائع مخير بين أن يأخذ نصف المبيع ويعطى نصف الثمن، وبين أن يعطى نصف الأرش.

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في د. (٣) في د: و.
(٤) في د: و. (٥) في د: كما حكاه مجلي.

وحكمُ الموكلين لو أخذ في شراء عبد واحد في الرد والإجازة، وأخذ الأرش عند الرافعي - تفريعًا على أن الاعتبار بالعاقد - حكم الوارثين، ولو كان المشتري واحدًا لكنه لنفسه ولموكله، وقد صرح بذلك في العقد: فهل لأحدهما أن ينفرد برد نصيبه؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو اختيار أبي إسحاق-: لا؛ لاتحاد الإيجاب، ويخالف ما إذا باشر الشراء؛ لأنه لو أنكر المذكور أنه أمره بالشراء كانت الصفقة كلها لازمةً لمتولِّي الشراء؛ فالصفقة واحدة، وإلاَّ لتفرقت إذا أنكر الآخر.

والثاني - وهو الأصح، وبه قال ابن أبي هريرة-: أن له ذلك؛ لأنهما بالذكر صارا كما لو باشرا واجبًا[1] لهما، حكاه صاحب «البحر» والقاضي أبو الطيب في كتاب «الشركة».

قال: «**فإن وجد العيب، وقد نقص المبيع عند المشتري**» - أي: لا بسبب وجد في يد البائع - «**بأن كانت جارية بكرًا فوطئها، أو ثوبًا فقطعه، سقط حقه من الرد**» - أي: سواء ردّ معه أرش العيب الحادث أو لا- أمَّا إذا لم يرده؛ فلما في ذلك من الإضرار بالبائع، وأما إذا رده؛ فلأن ذلك عيب حدث في المبيع لا لاستعلام العيب؛ فوجب أن يمنع من الرد، كما إذا قطع طرف العبد في يد المشتري ثم وجد به عيبًا قديمًا؛ فإنه لا يجوز له رده بالإجماع، على ما حكاه أبو الطيب.

وقولنا: «لا لاستعلام العيب» احتراز عمَّا استدل به أبو ثور على جواز الرد في هذه الصورة، وهو رد الصاع من التمر في المصراة؛ فإن النقص ثَمَّ جاء من جهة استعلام العيب، على أن المردود ليس بدلًا عن العيب بل عن اللبن.

وفيه احترازٌ عن مسألة البطيخ.

وفي «تعليق» القاضي الحسين حكاية وجه موافق لمذهب أبي ثور مخرّجًا مما حكيناه فيما إذا منعنا ردّ أحد العبدين، فكان الباقي تالفًا: أنه يفسخ العقد فيهما، ويرد الباقي وقيمة التالف، وفيما إذا اشترى ما لا يوقف على عيبه إلاَّ بكسره، فإن الرد له بعد الكسر.

---

(١) في د: وجب.

واعلم أن ضابط ما يمنع الرد: [كل][(١)] ما إذا حدث في يد البائع أثبت الخيار، إلا إذا كانت جارية فزوجها، وقال الزوج قبل الدخول: إن ردك سيدك بعيب فأنت طالق، على ما حكاه الروياني. وضرب لك الشيخ هذين المثالين؛ لتقيس مسألة قطع الثوب على مسألة الجارية؛ بجامع ما اشتركا فيه من تنقيص القيمة بفعل مضمون، وقد وافق أبو حنيفة في الجارية، ومنع في الثوب لهذه العلة.

قال: «**وله أن يطالب بالأرش**» إذا لم يرض البائع بالمبيع معيبًا؛ لتعينه طريقًا لدفع الضرر، ويشترط في ذلك إعلام المشتري البائع على الفور، حتى لو أخر من غير عذر بطل حقه من الرد والأرش، إلا أن يكون العيب الحادث قريب الزوال غالبًا كالرمد والحمى؛ فلا يعتبر الفور في الإعلام على أحد القولين، وألحق القاضي أبو حامد الأمة الحامل بذلك؛ فجوز له إمساكها إلى حين الوضع وردها إن لم تنقصها الولادة، وجعل الماوردي هذا القول مبنيًّا على أنَّ الحمل يقابله قسط من الثمن؛ فلا يتبع الأم في الرد.

قال: **فإن قال البائع : أنا آخذه منك معيبًا** - أي: من غير أرش - «**سقط حقه من الأرش**»، وله الرد؛ لأن العدول عن الردّ إلى الأرش كان نظرًا للبائع، فإذا رضي بالرد سقط الأرش، وهكذا الحكم فيما لو كان المبيع عصيرًا حلوًا، فاطلع على عيب به بعد أن صار خمرًا ثم خلًّا؛ فإن للبائع أن يأخذه ولا يعطي الأرش، صرح به الماوردي.

أمَّا إذا رضي به معيبًا مع ضم الأرش إليه، ففي سقوط حق المشتري من الأرش إن لم يجبه وجهان ينبنيان على القولين فيما لو اشترى ما لا يطلع على عيبه إلاَّ بكسره، وقلنا: لا يمتنع الرد بالكسر، هل يلزمه أرش الكسر إذا فسخ العقد؟ فإن قلنا: نعم، فإذا امتنع من بدل الأرش سقط حقه من الأرش، وإلا فلا.

قاله القاضي الحسين.

وهذا إذا لم يُحْدِث المشتري في الثوب غير القطع، أما لو خاطه[(٢)] فله الأرش قاله الماوردي.

فلو تنازعا، فدعا أحدهما إلى الرد مع أرش العيب الحادث، ودعا الآخر إلى

---

(١) سقط في د. (٢) في جـ: خالطه.

الإمساك مع غرامة أرش القديم - فحاصل ما اشتمل عليه كلام الأصحاب وجوه:

أحدها: أن المتبع رأي المشتري، وروي عن أبي ثور أنه نصه في القديم.

والثاني: أن المتبع رأي البائع.

والثالث - وهو الأصح-: أن المتبع رأي من يدعو إلى الإمساك والرجوع بأرش العيب، سواء كان البائع أو المشتري.

أمَّا إذا كان سبب العيب الحادث في يد المشتري موجودًا في يد البائع كما إذا جنى في يد البائع فاقتص منه في يد المشتري، فقد ذكرنا أنَّ المذهب أن ذلك ليس مانعًا من الرد، خلافًا لابن سريج. ويلتحق بذلك [إذا اشترى جارية بكرًا من وجه وافتضها الزوج في يد][1] المشتري، ويناسبه أنه إذا اشترى جارية حاملة ووضعت في يده، ونقصت بسبب - أن يتخرج على الوجهين، ويؤيده أن الرافعي حكى فيما إذا أصدق زوجته جارية حائلًا فحملت في يده، ووضعت في يدها، ثم طلقها: فالنقص الحاصل منسوب إليها أو إليه؟ فيه وجهان، وقد جزم الماوردي فيما ذكرناه بأنه ليس له ردها.

فرع: لو وهب البائع المشتري الثمن، ثم اطلع على عيب بالمبيع - لم يجز له طلب بدل الثمن على قول، وامتنع بسببه رد المبيع عند بعضهم؛ لعروه عن الفائدة، على ما تضمنه كلام الغزالي في كتاب «الصداق»، وجزم القاضي الحسين بجواز الرد فيما إذا كان قد أبرأه من الثمن، وفائدته: التخلص عن حفظ المبيع. حكاه في باب «المصراة».

واعلم أن طريق معرفة الأرش أن يقوّم المبيع سليمًا، فإذا قيل[2]: مائة، قوّم معيبًا، فإذا قيل: تسعون - عُرف أن التفاوت بينهما العُشْر[3]؛ فيرجع بعشر الثمن إن كان معلومًا، وإن كان مجهولًا فبعشر ما يتفقان عليه، وإن اختلفا، قال الجيلي: فيخرج على قولين:

أحدهما: أن القول قول البائع؛ لأنه غارم.

والثاني: أن القول قول المشتري؛ لأن البائع يدعى استقرار ملكه على مقدارٍ؛ فلا يقبل قوله مع بدو العيب القديم، ثم القيمة بأي حال تعتبر؟

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: قابل.
(٣) في د: عشرة.

حاصل ما قيل في ذلك ثلاثة[١] أقوال:

أحدها: وقت العقد، وهو ما حكاه مجلي عن الفوراني عن رواية عبد العزيز بن مقلاص.

والثاني: وقت القبض، وهو ما عزاه الرافعي إلى رواية ابن مقلاص.

والثالث - وهو الأصح، و الذي جزم به الشيخ في «المهذب» والقاضي أبو الطيب، والماوردي-: أقل القيمتين من يوم العقد إلى يوم القبض؛ لأنها إن كانت يوم البيع أقل فالزيادة حدثت في ملك المشتري، وإن كانت يوم القبض أقل فما نقص من ضمان البائع[٢]، وعبر في «النهاية» عنه بأنّا نراعي ما هو الأضر بالبائع في الحالين[٣]؛ فإن الأصل عدم استقرار الثمن.

وفي «المرشد»: أنه بأي القيمتين قُوّم فهو جائز، سواء اتفقت قيمته من حين العقد إلى حين القبض أو اختلفت؛ لأن العيب إذا أثر في تنقيص عشر القيمة من كثير القيمة أثر أيضًا في تنقيص العشر من قليل القيمة؛ فلا فائدة لاعتبار أقل القيمتين.

قلت: وهذا معنى قول الشاشي: ولا يظهر عندي لاعتبار ذلك فائدة، وإنما تعتبر قيمته وقت العقد. وفيما قالاه نظرٌ؛ فإنه قد يقوم في حالة العقد سليمًا بعشرة ومعيبًا بثمانية، وقد يقوم في حالة القبض سليمًا بعشرة ومعيبًا بتسعة؛ فيكون الواجب عند من اعتبر أقل القيمتين الذي يضر بالبائع: الخُمس من الثمن، وعند من راعى وقت القبض: العُشر من الثمن، وذلك فائدة ظاهرة، والله أعلم.

---

(١) في جـ: أربعة.

(٢) قوله: واعلم أن طريق معرفة الأرش: أن يقوّم المبيع سليمًا، فإذا قيل: مائة، قوم معيبًا، فإذا قيل: تسعون، عرف أن التفاوت بينهما العشر؛ فيرجع بعشر الثمن، وفي القيمة المعتبرة ثلاثة أقوال: أحدها: وقت العقد، والثاني: وقت القبض. ثم قال ما نصه: والثالث - وهو الأصح-: أقل القيمتين من يوم العقد إلى يوم القبض؛ لأنها إن كانت يوم البيع أقل فالزيادة حدثت في ملك المشتري، وإن كان يوم القبض أقل فما نقص من ضمان البائع. انتهى كلامه.
واعلم أن الصحيح اعتبار الأقل كما قال، لكن هل المعتبر أقل الأمرين من يوم العقد والقبض حتى لا تعتبر الحالة المتوسطة، أو المعتبر أقل الأمور كلها من العقد إلى القبض؟ اختلف فيه كلام النووي: ففي الروضة الأول، وهو الذي قاله الرافعي في كتبه، وجزم في المنهاج بالثاني؛ فإنه غير عبارة المحرر، واعتذر في الدقائق. إذا علمت ذلك فقد خلط المصنف مقاله بمقاله: فتعبيره أولًا بالقيمتين يقتضي الأول، وتعبيره بيوم العقد إلى القبض يقتضي الثاني. [أ و].

(٣) في جـ: الحالتين.

ثم هذا فيما يرجع به المشتري على البائع من أرش العيب القديم، أمَّا ما يرجع به البائع على المشتري من أرش العيب الحادث فيقوم وبه العيب القديم؛ ويقوم وبه العيب القديم والحادث، ويجب ما بينهما، وبأي وقت تعتبر القيمة؟ حكمه حكم السوم، وفيه عند العراقيين وجهان:

أحدهما: حين حدوث العيب.

والثاني: أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين حدوث العيب. وأبدى مجلي في وجوب ما بين القيمتين احتمالًا وقال: الفسخ عندنا رافع للعقد من حينه، لا من أصله، وإذا كان كذلك فقد وجد العيب في يده، وهو مضمون عليه بالثمن؛ ففوات ذلك الجزء مضمون بجزء من الثمن، فكيف يشبه[1] بالمقبوض سومًا، ولا عقد فيه؟

قال: وعلى هذا يكون حكمه حكم [أرش][2] المشتري.

قلت: وهذا [ما صرحنا به][3] نقلًا عن القاضي أبي الطيب في «شرح الفروع» وغيره في باب «ما يتم به البيع»، ويعضده أن غريم المفلس إذا رجع في العين، وقد نقصت بفعل مضمون ضرب مع الغرماء بقدر أرش النقص [من الثمن.

فروع:

لو باع جارية من ابنه أو أبيه، فوطئها، ثم اطلع على عيب بها][4] بعد[5] الاستبراء - كان له ردها، وكذا في كل ما يجري في يد المشتري مما يقتضى تحريمًا مؤبدًا من رضاع وغيره.

وفي «حلية» الشاشي في كتاب «النفقات» حكاية عن «الحاوي» عن العراقيين من أصحابنا: [أنَّ الأب إذا وطئ جارية الابن يجب عليه قيمتها؛ بسبب تحريمها على الابن، فإن صح هذا عن العراقيين من أصحابنا،][6] فيتجه أن يكون وطؤه مانعًا من الرد من طريق الأَوْلَى، وسيأتي لنا وجه مرتب منه.

لو كان المبيع غزلًا فنسجه المشتري، ثم اطلع على عيبه - كان له الرجوع بأرشه، فإن رضي البائع بعيبه فقولان حكاهما ابن سريج:

---

(١) في جـ: نسميه.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: من.
(٦) سقط في د.

أحدهما: أن للمشتري الخيار في رده منسوجًا ولا أجرة له، وإن شاء أمسكه معيبًا.

والثاني: أن البائع إن بذل أجرة النسج كان له استرجاع الغزل منسوجًا، وإن أبى لزمه الأرش، حكاه الماوردي.

لو كان المبيع دابة فأنعلها، فإن لم ينقصها قلعه كان له ذلك والرد بعده، وإن نقصها فقلع سقط حقه من الرد والأرش إذا كان بعد العلم بالعيب، ولو ردها مع النعل، ولم يحصل به تنقيص أُجبر البائع على قبول النعل؛ لأنه محتقر، لكنه هل يملكه بذلك حتى لو سقط استمر ملكه، أو المشتري أعرض حتى لو سقط عاد إليه؟ فيه وجهان، أشبههما الثاني.

لو كان المبيع ثوبًا فصبغه، ولم يمكن فصل الصبغ منه، وزادت قيمته، فإن رده ولم يطلب قيمة الصبغ أجبر البائع على القبول، ويصير الصبغ ملكًا له؛ فإن صفة الثوب لا تزايله، ولا صائر إلى أنه يرد الثوب، ويبقى شريكًا بالصبغ كما في الغاصب؛ لأن الشركة عيب حادث. وإن أراد الرد، وأخذ قيمة الصبغ، فالأظهر من الوجهين فيه عدم وجوب الإجابة، وللمشتري الأرش، ولو طلبه ابتداءً فقال البائع: رد الثوب لأغرم [لك][1] قيمة الصبغ، فمن المجاب منهما؟ فيه وجهان، المذكور منهما في «الشامل» و«التتمة»: البائع، ولا أرش للمشتري.

وسلك الغزالي طريقًا في الترتيب فقال: إذا طلب المشتري قيمة الصبغ فهل يجب على البائع ذلك مع رد الثمن؟ فيه وجهان:

فإن قلنا: لا نكلفه قيمته، فهو كعيب حادث؛ فتعود الأوجه الثلاثة في أنَّ تمليك شيء حادث أولى، أو تغريم أرش العيب القديم.

وما قاله يحتاج إلى تأمل؛ فإن الأوجه لا تعود مع قولنا: إنَّا لا نكلفه قيمة الصبغ، إذا أخذها، إنا نكلفه قيمة الصبغ، وإنما الأوجه الثلاثة لعلها تكون في أصل المسألة من غير هذا الترتيب، ووجه مشابهة هذه المسألة بمسألة العيب الحادث: ما أشار إليه الغزالي أن إدخال الصبغ في ملك البائع، مع أنه دخيل في العقد كإدخال الأرش الدخيل، وتمتاز هذه الصورة بإدخال قيمة الصبغ في ملك المشتري، وإخراجها من ملك البائع.

(١) سقط في د.

قال الرافعيُّ: ورواية الوجه الثالث لا تكاد توجد لغيره، وبتقدير ثبوته فقد بينا ثمّ أن الأصح الوجه الثالث.

وقضية إيراد الأئمة هاهنا: أنه لا يجاب المشتري إذا طلب الأرش.

[إذا] قصر الثوب، ثم اطلع على عيبه، فإن قلنا: إن القصارة بمنزلة العين، فهي كالصبغ.

وإن قلنا: إنها بمنزلة الأثر، فيرد الثوب، ولا شيء[(١)] له؛ كالزيادات المتصلة.

إذا أخذ الأرش عن العيب القديم، ثم زال الحادث، فهل له رد المبيع والأرش؟ فيه وجهان. ولو لم يأخذه ولكن قضى القاضي بثبوته - فوجهان بالترتيب، وأولى بالجواز.

ولو تراضيا [ولاقضاء][(٢)] فوجهان بالترتيب وأولى بالجواز، وهو الأصح في هذه الصورة.

ولو عرف العيب القديم بعد زوال الحادث كان له رده، وفيه وجهٌ ضعيف، ولو زال القديم بعد أخذ أرشه رده، ومنهم من جعله على الوجهين.

ولو كان القديم والحادث من نوع واحد، وزال أحدهما، واختلفا في الزائل - [فيحلفان][(٣)]: فإن امتنع أحدهما قضي بيمين الآخر، وإن حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الرد، والمشتري بيمينه أخذ الأرش، فإن اختلفا في الأرش فليس له إلا الأقل[(٤)]؛ لأنه المستيقن، كذا قاله الرافعي.

وفي «الوسيط» أن دعواهما على التعارض، [والقول][(٥)] قول البائع؛ لأنّ الأصل هو اللزوم، وكلام[(٦)] الرافعيّ فيه تفسير لذلك وتتمة.

قال: **وإن كان لا يقف على عيبه إلا بكسره** - أي: وله مع عيبه قيمة قبل الكسر وبعده **كالبطيخ والرانج - فكسر منه قدر ما يعرف به العيب، ففيه قولان:**

أحدهما: يرده[(٧)]؛ لأن النقص حصل باستعلام العيب، فلم يمنع من الرد أصل المصراة.

---

(١) في د: وللأرش. (٢) سقط في د. (٣) سقط في د.
(٤) في د: والأول. (٥) في د: فالقول. (٦) في د: كذلك.
(٧) في التنبيه: يرد.

وهذا ما صححه الشيخ أبو حامد والماوردي، واختاره في «المرشد».

قال: «وَيَرُدّ معه أرش ما نقص بالكسر في أحد القولين»؛ قياسًا على المصراة؛ فإن النبي ﷺ أمر بردّها ورد صاع من تمر بدل اللبن؛ فعلى هذا يُقوّم معيبًا بلا كسر ومعيبًا مكسورًا، ويجب ما بين القيمتين، ويجيء فيه ما قاله مجلي.

قال: «دون الآخر»؛ لأن البائع سلطه على كسره؛ لأنه لا يمكن إدراك صلاحه وفساده إلا بذلك، فلم يجب عليه ردّ شيء معه، قال البندنيجي: «ولأنه قطع قطعًا مستحقًّا؛ فهو كما لو اشترى عبدًا فختنه، ثم علم بالعيب»، وهذا ما صححه الشيخ أبو حامد، والبغوي وغيرهما.

قال: «والثاني» - أي: القول الثاني في الأصل-: «لا يرد»؛ لأنه حدث في يده نقصٌ؛ فوجب أن يسقط ردّه بالعيب؛ كما لو اشترى ثوبًا فقطعه.

قال: بل يرجع بالأرش إن كان لما بقى قيمة - أي: بعد الكسر كالبطيخ الذي حمض بعضه، والجَوْز، واللوْز، والرانج، وبيض النعام؛ لتعينه، طريقًا لدفع الضرر.

وهذا ما صححه المزني والبغوي.

وقد يعضد بما استدل به صاحب القول الأول من حديث المصراة؛ فإنَّ اللبن قابله قسط من الثمن، ومع هذا منع الشرع رده؛ لما حصل فيه من عيب في يد المشتري وإن كان لاستعلام العيب، وعلى تقدير أن يقول القائل الأول: امتناع الرد ليس كذلك، بل اختلاطه بملك المشتري وجهل قدره - فيقال له: ذلك مبطل لما استدللت به؛ لأنه يصير في المحل أمران يحتمل امتناع الحكم بسبب كلٍّ منهما؛ فلا يتعين ما ذكرته، لكن له أن يبقى على دليله الأول، وهو[1] إيجاب الشرع التمر[2] في مقابلة اللبن يدل على انفساخ العقد فيه؛ إذ لو لم يكن كذلك لكان الواجب في مقابلته قسطًا من الثمن، كما إذا وجد بأحد العبدين عيبًا وردّه، وقلنا: يمسك الآخر، وكونه منع فسخ العقد فيه لم يوجب الشرع ردّه؛ لعدم العلم بقدره، واختلاطه بغيره، وسنذكر عن ابن سريج نحوًا من ذلك في مسألة ظهور العيب بالحلي، وقد يحصل في المسألة عند الاختصار ثلاثة أقوال: لا يردُّ ويرجع بالأرش، يرد [ويرد][3] الأرش، يرد ولا يرد الأرش.

---

(١) في د: ويقول.
(٢) في د: الثمن.
(٣) سقط في د.

قال الإمام: وهذا هو الذي تميزت به هذه المسألة عن العيوب الحادثة في يد المشتري. يشير بذلك إلى الخلاف الذي حكيناه عن القاضي في ضم أرش العيب الحادث.

قال: «وإن لم يكن له قيمة» - أي: قبل الكسر، كبيض الدجاج الفاسد والجوزة الفارغة، والبطيخة الدائدة الحامضة - «رجع بالثمن كله» - أي: قولًا واحدًا؛ لأنه تبين بطلان البيع؛ فإن ما لا قيمة له لا يصح بيعه، كالخنافس ونحوها، وقد يفهم من كلام الشيخ أن هذا تفريع على القول الثاني؛ فيكون الثمن كله أرشًا حتى تبقى القشور مختصة بالمشتري يجب عليه تفريغ الأرض منها، كما حُكي عن[1] القفال في أحد درسيه وغيره، وليس كذلك؛ بل المذكور في طريقة العراق ما ذكرناه أولًا، وهو الصحيح في غيرها، وادّعى الإمام فساد غيره، أمَّا إذا كسر منه قدرًا كان يمكنه الوقوف على الفساد بأقل منه، كما إذا شق البطيخة بنصفين، وكانت له قيمة، فقد قيل: يمتنع الرد قولًا واحدًا، وهو الصحيح، وبه قال أبو حامد المرورُّوذي وجمهور أصحابنا.

وحكى أبو إسحاق المروزي عن بعض أصحابنا أنه على القولين.

وطريقة معرفة حموضة الرمان وحلاوته التي يتضرر بها، وكذا البطيخ - بإدخال مِسَلَّة وذَوْق [ما][2] تعلق بها.

ومعرفة فساد الجوز واللوز، والرانج، وتَدْويد البطيخ بالكسر، أمَّا حموضة الرمان المعروفة وحلاوته فليست بعيب، ولا خيار بفواتها إلا أن يشترط، وعلى ذلك يحمل ما قاله الرافعي وغيره[3].

تنبيه: البطيخ بكسر الباء، ويقال: طبيخ - بتقديم الطاء - لغتان، وممن ذكرهما ابن فارس.

---

(١) زاد في د: جواب.

(٢) سقط في د.

(٣) قوله: أما حموضة الرمان المعروفة وحلاوته فليست بعيب، ولا خيار لفواتها، إلا أن يشترط، وعلى ذلك يحمل ما قاله الرافعي وغيره. انتهى كلامه.
وما ذكره من إطلاق الرافعي، وأنه محمول على ما فصله غيره من الشرط وعدمه فغريب؛ فإن الرافعي قد صرح بذلك، فقال في أوائل خيار النقص: وليست حموضة الرمان بعيب، بخلاف البطيخ. وقال في أواخر الباب فيما إذا اشترى مأكولًا لا يعرف عيبه إلا بكسره: ولو شرط في الرّمان الحلاوة فبان حامضًا بالغرر ردّ. [أ و].

فرع: إذا اشترى ثوبًا مطويًّا على طاقين ملتصقين مثل السختياني، فنشره واطلع على عيب به[١] - فإن النشر ينقصه، وحكمه في الرد وغيره حكم الرانج. صرح به العراقيون.

وفي «النهاية» حكايةً عن بعضهم: القطعُ بأنه إذا نشر قدر ما يطلع على العيب به لا يمتنع الرد قولًا واحدًا، والفرع مصور عند الإمام في بيع الغائب، وعند الماوردي وأبي الطيب بما ذكرناه، وقد رأى كلًّا من وجهيه.

وعند الرافعي أيضًا بما إذا كان قد رآه قبل الطيّ أو بعده وبعد النشر؛ فإن نشره مرتين ينقصه أكثر من نشره مرة، وقال: إن فيما حكاه الماوردي تفصيلًا وخلافًا سبق.

قال: «**وإن وقف المبيع، أو كان عبدًا فأعتقه**» - أي: من غير شرط - «**أو مات**» - أي: قبل العلم بالعيب، ثم علم به «**رجع بالأرش**»؛ لوقوع الإياس من الرد، وتعين الأرش طريقًا لدفع الضرر، وهكذا الحكم فيما لو أكل المبيع أو أتلفه أجنبي.

وحكى الإمام قبيل كتاب «الرهن» أن المزني ذهب إلى أنّ الرجوع بالأرش لا يثبت بعد تلف المقبوض[٢]، أمّا إذا كان العتق مشروطًا في البيع فقد نقل القاضي عن

---

(١) في د: فيه.

(٢) قوله: وإن وقف المبيع، أو كان عبدًا فأعتقه أو مات - رجع بالأرش. ثم قال ما نصه: وحكى الإمام قبيل كتاب الرهن أن المزني ذهب إلى أن الرجوع بالأرش لا يثبت بعد تلف المقبوض. انتهى كلامه.
واعلم أن الإمام إنما ذكر هذا النقل عن المزني في السلم خاصة لا في البيع، وقد سبقه إليه القاضي الحسين وبسطه، فلنذكر كلام القاضي ثم كلام الإمام، فنقول: قال القاضي قبل كتاب مختصر الرهن بأسطر: فصل: إذا أسلم في طعام، وقبض البعض وأتلفه، ثم قبض الباقي واطلع على عيب به، فادعى أن المتلف كان به هذا العيب - فالقول قول المسلم إليه مع يمينه؛ لأن الأصل عدم العيب، فإن حلف تخلص، وإن نكل حلف المسلم، ورجع عليه بالأرش.
قال المزني: وجب ألا يجوز له الرجوع بالأرش؛ لأنه يؤدي إلى أن يأخذ بعض المسلَم فيه وبدلًا عن الباقي. قلنا ليس هذا من الاستبدال في شيء، وإنما هو فسخ العقد في البعض؛ لأنه كاحتباس جزء، ألا ترى إنما يثبت له حق استرداد ما يقابل العيب من رأس المال، فإن نقص عشر القيمة مثلًا استرد عشر رأس المال، ولو أسلم في كُرّ حنطة، وقبضها وأتلفها، ثم اطلع على عيب قديم بها ينقص عشر قيمتها - رجع على المسلم إليه بعشر رأس المال. هذا لفظ القاضي؛ فتلخص أنه لم يخالف في البيع، بل في السلم، للمعنى المتقدم، وأما الإمام فإنه قد قال في الموضع المذكور أيضًا: فرع: إذا قبض المسلَم المسلَم إليه، وتلف في يده، واطلع على عيب - فردُّهُ والاستبدال منه غير ممكن بعد التلف، ولكن له الرجوع بالأرش، وهو قسط من رأس المال، وإذا حصل له الرجوع به لم يكن =

أبي الحسين: أنه لا أرش له؛ لأنه وإن لم يكن معيبًا لم يمسكه، ونقل عنه وجهين فيما إذا اشترى من يعتق عليه، ثم وجد به عيبًا، ولأجل الاحتراز عن ذلك عدل الشيخ عن قوله: وإن(١) كان عبدًا فعتق، إلى ما ذكره.

قال القاضي: «وعندي أنَّ له الأرش في الصورتين»، وفي «النهاية» قبيل كتاب «السلم»: أنه يرجع في شراء القريب [بالأرش](٢)، ولم يحك سواه.

ثم في هذه الأحوال التي ذكرناها هل يثبت له الأرش بنفس الاطلاع قهرًا، أو لا بد من اختياره، حتى لو رده لم يرجع به؟ فيه وجهان، اختيار الشيخ أبي عليّ منهما على ما حكاه الإمام في «الكتابة»، والقاضي الحسين على ما حكاه أيضًا في «السلم»:

الأول، وفي الرافعي هاهنا: أنَّ الأظهر الثاني، لكنه حكاه فيما إذا كان الثمن في الذمة، وجعل وجه التعيين يرجع إلى حصول البراءة(٣) بمجرد الاطلاع، والأرش مأخوذ في مقابلة [فوات سلطة الرد عند الإمام على ما حكاه في باب «بيع المرابحة» وقال: لا ينتظم عندنا إلاَّ ذلك، وعند غيره في مقابلة](٤) الجزء الفائت، حتى لو كان الثمن معينًا في العقد تعين فيه على أظهر الوجهين، وهو ما حكاه الإمام في «الكتابة»، وقال: لو كان الثمن عبدًا آخر رجع فيه بقدره. وهذه مناقضة، ثم إذا بطل العقد فيما يقابله هل يبطل في الباقي؟

المشهور: لا، وادّعاه الإمام بلا خلاف في كتاب «السلم»، وفي «شرح فروع» ابن الحداد للقاضي أبي الطيب في كتاب «السلم»: إذا ابتاع حنطة معينة بعبد معين، وسلم الحنطة وتسلم [العبد](٥) وأعتقه، ثم وجد بالعبد عيبًا، قدر الأرش ثم يرجع بقدره من الحنطة، وانتقض البيع فيه، وهل ينتقض في الباقي؟ اختلف أصحابنا فيه: فمنهم من قال: على القولين في تفريق الصفقة، ومنهم من قال: لا يفسد قولًا واحدًا، وإنما القولان في تفريق الصفقة [إذا كان العقد لم ينعقد في البعض، ومقتضى رأي من قال

= هذا استردادًا، ولكنه في حكم فسخ العقد في ذلك المقدار المسترد. وذهب المزني إلى أن الرجوع بالأرش لا يثبت بعد تلف المقبوض. هذا لفظه، ومراده بالمقبوض: إنما هو الذي يتكلم فيه، وهو المسلم فيه، فتوهم المصنف أنه للعموم، وإنه لمعذور في ذلك، لكن الإمام أخذه من القاضي على عادته؛ فكان من حقه إيضاحه كما أوضحه. [أ و].

(١) في د: أو.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في د: الرؤية.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.

بتخريج ذلك على تفريق الصفقة][1] إن ثبت الخيار لمن انحط له شيء، وقد جزم الإمام أيضًا بأنه لا خيار له؛ لأن هذا حط مستحق شرعًا؛ فلا خيرة مع حكم الشرع.

فرع: [لو كان المبيع المعيب حليًّا وقد تلف، وكان الثمن من جنسه أو من غير جنسه - فقد ذكرنا حكمه في باب [الربا][2].

ولو كان المبيع صاع حنطة بصاع حنطة، وتقابضا، فتلف أحدهما، ثم اطلع على عيب به - ففيه ثلاثة أوجه حكاها القاضي الحسين:

أحدها: يرجع بأرش المعيب من نقد البلد.

والثاني: يسترد من الصاع الآخر بقدر ما يقابله.

والثالث: يغرم مثل التالف، ويسترد ما أعطي في مقابلته.

قال: **وإن باعه لم يرجع بالأرش**، وهو المنصوص، وبه جزم أبو الطيب، والماوردي، وغيرهما، وَلِمَ ذلك؟

قال أبو إسحاق وابن الحداد: لأنه استدرك الظُّلامة، وغبن كما غبن، وقد رُئيَ ذلك منصوصًا عليه في الخلاف.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: لأنه لم ييأس من الرد، وقد رُئيَ منصوصًا عليه في «اختلاف العراقيين»، وهو الذي صححه الشيخ أبو حامد وأبو الطيب، وفي «تعليق» القاضي الحسين: «أنه الأظهر»، ولهذا الخلاف ثمرةٌ تظهر من بعد.

قال: «**وقيل: يرجع**» - أي: بالأرش - نظرًا إلى العجز في الحال؛ كما لو مات العبد أو أعتقه، وهذا من تخريج ابن سريج، وفي رواية البويطي ما يقتضيه؛ فعلى هذا: لو أخذ الأرش، ثم رده عليه مشتريه بالعيب، فهل يرده مع الأرش ويسترد الثمن أم لا؟ فيه وجهان.

قال: «**وليس بشيء**»؛ لما ذكرناه.

واعلم أن الكلام فيما يرجع بأرشه من العيوب في هذا القسم وما قبله ما عدا الخَصْي، أمَّا إذا كان العيب القديم هو الخَصْي فلا أرش له أصلًا؛ إذ لا نقص في القيمة حتى يعتبر من الثمن، صرح به الإمام والرافعي، وفي تعليله نظرٌ؛ فإنه قال: «لا

---

(١) سقط في جـ. (٢) سقط في د.

أرش له كما لا رد»، وقد صرح هو وغيره بثبوت الرد عند إمكانه بعيب الخصي[١].

قال: «فإن رده عليه الثاني بالعيب، أو وهبه له، أو ورَّثه ردَّه» - أي: إذا فرعنا على المذهب، وهذا من الشيخ اختيار للمعنى الثاني كما رجحه الشيخ والقاضي، أمَّا إذا قلنا بالأول؛ فلا يرد إذا عاد إليه بالهبة أو الإرث، ويرد إذا ردّ عليه بالعيب، وبنى الإمام والغزالي الخلاف في الرد عند العود بالهبة أو الإرث، وكل جهة لا يتعلق بها عهده: على أن الملك إذا زال، ثم عاد فهو كالذي لم يَزُلْ، أو كالذي لم يَعُدْ وفيه جوابان: فإن قلنا: إنه كالذي لم يعد؛ فلا رد.

وإن قلنا: كالذي لم يزل؛ كان له الرد، وبنينا الرجوع بالأرش في الحال على الخلاف في الرد عند العود: [فإن قلنا: لا يرد رجع بالأرش][٢].

وإن قلنا: يرد؛ ففي الرجوع بالأرش [في الحال للحيلولة وجهان؛ كالقولين في شهود الحال إذا رجعوا. وادّعى أن القياس ما ذهب إليه طوائف من المحققين، وهو الرجوع بالأرش][٣].

وعلى الوجهين يخرج ما إذا عاد إليه بالبيع، فعلى قول أبي إسحاق: لا ردَّ له، وعلى قول أبي علي: له الرد، كذا هو في «تعليق» القاضي أبي الطيب، وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنه إذا كان عالمًا بالعيب لم يكن له الفسخ؛ لأنه لما[٤] أقدم على شرائه مع العلم بعيبه صار راضيًا به، وإن كان جاهلًا بالعيب حال الشراء الثاني؛ نظر في البائع الثاني:

إن علم به قبل البيع الثاني، وأسقط حقه؛ فليس للمشتري أن يرده على البائع الأول، وله رده على البائع الثاني، وهل له الرجوع على الأول بالأرش؟ لم يتعرض له القاضي.

---

(١) قوله: واعلم أن الكلام فيما يرجع بأرشه من العيوب فيما إذا خرج عن ملكه ونحو ذلك بمفروض فيما عدا الخصيّ، فإن كان العيب القديم هو الخصي فلا أرش له أصلًا؛ إذ لا نقص في القيمة حتى يعتبر من الثمن، صرح به الإمام والرافعي، وفي تعليله نظر؛ فإنه قال: لا أرش له كما لا رد، وقد صرح هو وغيره بثبوت الرد عند إمكانه بعيب الخصي. انتهى كلامه.
وهذا الفهم الذي فهمه المصنف من كلام الرافعي غلط قبيح وذهول شنيع؛ فإن المراد أن المشتري في هذه الحالة قد امتنع عليه الأمران - وهما الرد وطلب الأرش - فانتقل المصنف عن صورة المسألة المطابقة للدعوى إلى صورة أخرى غير مطابقة، ثم اعترض عليه. [أ و].

(٢) سقط في د. (٣) سقط في د. (٤) في د: إنما.

وفي «النهاية» حكاية قولين فيه عن رواية صاحب «التقريب»، والأظهر: أنه لا يرجع.

وإن كان الآخر جاهلًا بالعيب نظر: إن كان الثمن الثاني من غير جنس الأول، أو أكثر منه [أو أقل][1] - ردّه على البائع الثاني، وإلا فوجهان:

أحدهما: يرد على البائع الأول.

والثاني - وهو الأصح-: أنه يرد على البائع الثاني.

وفي الرافعيّ حكاية وجه ثالث - تفريعًا على ما ذهب إليه ابن أبي هريرة-: أنه إن شاء ردّ على الأول، وإن شاء ردّ على الثاني، فإذا ردّ على الثاني فله أن يرد عليه، وحينئذ يرد هو على الأول.

وعلى الوجهين معًا: لو كان قد وهبه هبة لا تقتضي الثواب، ثم عاد إليه بالبيع، أو الهبة، أو الإرث - يكون له ردّه قولًا واحدًا. صرح به القاضي أبو الطيب، ومقتضى طريقة الإمام: جريان الخلاف [المذكور][2] أيضًا.

وفي الرافعي حكايته فيما إذا عاد إليه بالهبة، لكنه بناه على أنه لو لم يعدْ هل يأخذ الأرش؟ وفيه خلافٌ مذكور في «تعليق» القاضي أبي الطيب مبنيٌّ على قول أبي إسحاق وابن أبي هريرة أيضًا إن قلنا: لا، فله الرد، وإن قلنا: يأخذ، فينحصر الحق فيه، أو يعود إلى الرد عند القدرة؟ فيه وجهان. وإن عاد إليه بالبيع، فإن قلنا: لا يرد[3] في الحالة الأولى، فكذلك هاهنا، ويرد على البائع الأخير، وإن قلنا: يرد، فهاهنا يرد على الأول، أو على الأخير، أو يتخير؟ فيه ثلاثة أوجه.

ثم محل الكلام في عود المبيع إليه بالهبة أو الإرث، كما حكاه الشيخ إذا لم يجز المشتري الثاني العقد، ويرضَ بالعيب.

أمَّا إذا رضي به قال الماوردي: «استقر سقوط الأرش والرد، ولو كان قد وقف المبيع، أو أعتقه، أو أتلفه، أو حدث به عيبٌ مانعٌ من الرد؛ ففي «تعليق» أبي الطيب حكاية وجهين مبنيين على مأخذ[4] المنع من الرد: فعلى قول أبي إسحاق: لا يرجع، وعلى قول ابن أبي هريرة: يرجع.

---

(١) في د: وأولى.

(٢) سقط في د.

(٣) في د: رد.

(٤) في د: ما أخذ.

وفي الرافعيّ حكاية هذا الخلاف فيما لو أعتقه أو وقفه أو أتلفه، ولم يرجع عليه(١) المشتري الثاني بالأرش، أو أبرأه منه.

أمَّا إذا رجع عليه به فيرجع وجهًا واحدًا، وأمَّا في حدوث العيب فينظر: إن قبله المشتري الأول معيبًا؛ خير بائعه:

إن قبله فذاك، وإلا أخذ الأرش منه، وعن أبي الحسين: أنه لا يأخذه، واسترداده رضا بالعيب، وإن لم يقبله، وغرم الأرش؛ ففي رجوعه بالأرش على بائعه وجهان:

أحدهما - وبه قال ابن الحداد-: لا يرجع؛ لأنه ربّما قبله بائعه لو قبله هو؛ فكان متبرعًا بغرامة الأرش.

وهذا ما جزم به الماوردي.

وأظهرهما في الرافعي: أنه يرجع؛ لأنه ربما [لا] يقبله بائعه فيتضرر.

قال الشيخ أبو علي: «وعلى الوجهين معًا: لا يرجع ما لم يغرم للثاني».

واعلم أن استيلاد الجارية المبيعة قائم مقام عتقها في هذا المعنى، والكتابة ملحقة بالتزويج عند المتولي.

وفي الرافعي أن الأظهر: أنها كالرهن وسنذكرهما، وفي «الحاوي» إلحاقها بالبيع، وتعليق العتق بالصفة والتدبير لا يمنعان من الرد بالعيب. نعم، لو وجد البائع بالثمن عيبًا فرده، وكان العبد المبيع قد دبره المشتري، فهل له الرجوع في عيبه؟ فيه خلاف مذكور في كتاب الصداق من «الوسيط».

والهبة: إن قلنا: «إنها تقتضي الثواب كالبيع»، وإن قلنا: «لا تقتضيه».

ففي «الحاوي» حكاية وجهين على المذهب المنصوص في البيع مبنيين على العلتين.

وفي تعليق أبي الطيب الجزم بأنه لا يرد، وقوى به تعليل ابن أبي هريرة، وعلى تخريج ابن سريج: يرجع بالأرش، والرهن والإجارة [المذكور منهما في تعليق القاضي الحسين أنهما لا يمنعان الرد، لكن في الحال أم حتى ينفك الرهن؟](٢) وتمضي مدة الإجارة؟ فيه وجهان:

---

(١) في د: على.
(٢) سقط في د.

فإن منعنا الفسخ في الحال لم يكن له الرجوع بالأرش، وفي «الحاوي» حكاية وجهين:

أحدهما: [لا أرش][(١)] له، وهو مقتضى تعليل أبي علي.

والثاني-: وهو مقتضى تعليل أبي إسحاق-: له الخيار في أن يتعجل الأرش، ويسقط حقه من الرد، أو يتوقف لينظر ما يئول إليه الحال.

وفي الرافعي: أن الحكم كذلك في الإجارة إذا منعنا بيع المستأجر، فإن جوزناه، ورضي البائع به مسلوب المنفعة مدة الإجارة - ردّ عليه، وإلاَّ تعذر الردّ، وفي الأرش الوجهان، وأنهما يجريان فيما إذا تعذر الرد بغصب أو إباق، وصورته: إذا كان قد أبق في يد البائع، ثم أبق في يد المشتري كما صوره أبو الطيب، وجزم فيه بعدم الأخذ، [وأيد به أيضًا تعليل ابن أبي هريرة][(٢)]، وعلى الجزم بمنع الأخذ جرى ابن الصباغ.

والتزويج يمنع الرد بدون رضا البائع، ويوجب الأرش؛ لأنه ليس لغايته أمد معلوم، والمقاسمة إذا جرت في المشاع قبل الاطلاع على العيب هل يمنع الرد؟ إن قلنا: إنها إفراز حق؛ فلا، وإن قلنا: إنها بيع؛ فهي كما لو باع بعض المبيع، ثم وجد بالباقي عيبًا.

قال: **والعيب الذي يرد به ما يعده الناس عيبًا: من المرض** - أي: وإن قلّ - **والعمى** [أي][(٣)]: ولو في إحدى العينين، **والجنون** أي: وإن كان متقطعًا - **والبرص والجذام** - أي: وإن لم يستَحْكِمْ **والبخر** - أي: الناشئ من تغير المعدة - دون ما يكون من فَلَجِ الأسنان، **والزنى، والسرقة، وما أشبه ذلك** مثل التمكن من عمل قوم لوط أو عمله، والصُّنان الذي لا يزول إلا بعلاج يخالف العادة، وفي «تعليق» القاضي الحسين أنه قال: عندي أنَّ الصنان لا يثبت الخيار.

و«**اعتياد الإباق**»، كما صرح به الغزالي والإمام في باب «السلم» «دون المرة الواحدة»، خلافًا لأبي علي الزجاجي، والقاضي الحسين، كما صرح به في الموضع الذي سنذكره، وهذا منهما إشارة إلى أنه لو وجد في يد البائع، ولم يوجد في يد المشتري كفى، وعلى الأول: لا يكفي، وإلى ذلك أشار في «الإشراف»[(٤)].

---

(١) في د: الأرش. (٢) سقط في ج. (٣) سقط في ج.

(٤) قوله - في أمثلة العيوب-: واعتياد الإباق كما صرح به الغزالي والإمام في باب السلم، دون المرة الواحدة، خلافًا لأبي علي الزجاجي والقاضي الحسين كما صرح به في الموضع الذي =

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أن محل الرد بعيب الإباق إذا تكرر منه في يد البائع، واشتهر ووجد في يد المشتري. أمَّا إذا وجد في يد البائع، ثم وجد في يد المشتري؛ بحيث تنقص القيمة - لم يرد لحدوث عيب آخر في يده(١)، ويرجع بالأرش.

قال الرافعيُّ: والسرقة قريبة من هذا، وقد صرح القاضي الحسين في باب «الخلاف باليمين مع الشاهد» بذلك.

ومحل الخلاف في الإباق والسرقة: ما إذا صدرا من البالغ.

أمَّا إذا صدرا من صبي، وكذا الزنى في يد البائع، ولم يجر شيء منها في يد المشتري - فلا رد به، صرح به صاحب «الإشراف».

واعتياد البول في الفراش في غير أوانه من العبيد والإماء، عيب دون المرة الواحدة على الأظهر، وما إذا كان في أوانه، وهو ما دون سبع سنين، كما صرح به البغوي.

وكون الضيعة منزلًا للجند واختصت به دون ما حولها، كما صرح به القاضي

= سنذكره، وهذا منهما إشارة إلى أنه لو وجد في يد البائع ولم يوجد في يد المشتري كفى، وعلى الأول لا يكفي، وإلى ذلك أشار في الإشراف. انتهى كلامه.

وما ذكره من عدم الاكتفاء، تفريعًا على الأول وهو الاعتياد - كيف يستقيم؟! لأن الاعتياد لا يتوقف على تعاطيه عند المشتري. نعم، راجعت الإشراف فرأيت فيه ما ذكره المصنف، إلا أن في كلامه ما يدفع الوهم. [أ و].

(١) قوله: وفي تعليق القاضي الحسين: أن محل الرد بعيب الإباق إذا تكرر منه في يد البائع، واشتهر ووجد في يد المشتري.

أما إذا وجد في يد البائع ثم وجد في يد المشتري بحيث تنقص القيمة لم يرد؛ لحدوث عيب آخر في يده. انتهى كلامه.

وما نقله هنا عن القاضي الحسين يقتضي أن المرة الواحدة لا تكفي، وهو مخالف لما نقله عنه في المسألة السابقة، ومخالف - أيضًا - لما صرح به القاضي في تعليقه. نعم، ذكر القاضي هذه المسألة بعبارة صحيحة فقال: فإن أبق في يده - يعني يد المشتري - ثم علم كونه آبقا: إن لم ينقص الإباق الثاني من القيمة؛ بأن كان قد تكرر ذلك منه، واشتهر به - رده، وإلا فلا؛ لحدوث العيب في يده. هذا لفظه، وموضوع هذه المسألة إنما هو الكلام على أن الإباق في يد المشتري هل يمنع الرد بعيب الإباق الحاصل في يد البائع أم لا؟ وليس سياقها لبيان الإباق الذي يرد به على البائع مما لا يرد به عليه، فعبر المصنف عن ذلك بعبارة تدل على الثاني، ولا شك في أن اللفظ قد انعكس عليه؛ فإن قوله: وجد في يد المشتري، لو قدمه على ما قبله فقال: وفي تعليق القاضي: أن محل الرد بعيب الإباق إذا وجد في يد المشتري، إنما هو فيما إذا تكرر منه في يد البائع واشتهر به... إلى آخره - لكان موافقًا لما قاله القاضي. [أ و].

الحسين في «فتاويه»، وكون الخراج المصروف على الأرض ظلمًا ثقيلا دون ما حولها، وعن حكاية أبي عاصم العبادي وجه: أنه لا يرد بثقل الخراج، ولا بكونها منزلًا للجند(١)؛ لأنه لا خلل في نفس المبيع.

وكون الدار يجاورها قصارون يتأذى من صوت دقهم وتتزعزع الأبنية به. وكون الأرض يجاورها خنازير تفسد ما بها من زرع ملحقٌ بالصورتين قبلها عن المتولي. وكون العبد أقرع، أو أخفش، أو أجهر، أو أعشى، أو أَرَتَّ لا يفهم، أو فقيد الظفر أو الشعر، أو له أصبع زائدة، أو سن زائدة، كما ذكر في «الحاوي»، أو مقلوع بعض الأسنان، أو آدر، أو ذا قروح، وكذا آثارها وآثار الشجاج، أو ثآليل كثيرة، أو بَهَق، وكونه أبيض الشعر في غير أوانه، أو كذابًا كما حكاه القاضي الحسين، أو نمَّامًا، أو ساحرًا، أو قاذفًا للمحصنات، أو مقامرًا، أو تاركًا للصلاة، أو شاربًا للخمر - ملحقٌ بالعيوب المتفق عليها.

وفي «الرقم» للعبادي: أنه لا يرد بالشرب، وترك الصلاة.

وكونه خنثى مشكلًا [أو غير مشكل - عيبٌ](٢)، وعن بعض المتأخرين: أنه إن كان رجلًا، وكان يبول من فرج الرجال، فلا ردّ به. وهذا ما حكاه العمراني في «زوائده» عن القاضي في «السلم».

وكونه مخنثًا، وكون الجارية مستحاضة، أو معتدة، أو مستأجرة، أو محرمة، أو مزوجة، وكذا الغلام - وفي «البيان» حكاية وجه في التزويج.

وكون الجارية لا تحيض في سن تحيض فيه النساء غالبًا وهو عشرون سنة، كما قاله القاضي الحسين، وكذا تطاول طهرها إذا جاوز العادة، وحملها - عيب، وكذا الحمل في سائر الحيوانات عند صاحب «التهذيب» دون غيره، وهو ما حكاه الرافعيُّ في الصداق أنه أظهر الوجهين.

وكون العبد أو الجارية جانيين جناية تعلق الأرش بالرقبة، وإن كانت خطأ إذا كثرت - عيب، أمَّا إذا لم تكثر جناية الخطأ؛ فلا.

واصطكاك الكعبين، وانقلاب القدمين، واسوداد الأسنان، والكَلَف المغيِّر للبشرة،

---

(١) زاد في د: واختصت به ما دون.

(٢) سقط في د.

وكون أحد ثديي الجارية أكبر من الآخر، والحَفَر في الأسنان لتراكم الوسخ الفاحش في أصولها، والكي - عيب، وكذا العنة عند الصيمري، وهو الأظهر عند الإمام، وعند غيرهما: لا خيار بها.

وكون الدابة جموحًا، أو عضوضًا، أو رموحًا، أو زهيدة، أو تشرب لبنها، أو خشنة المشي، بحيث يخشى منها السقوط - عيبٌ، وكذا قطع بعض الأذن بحيث لا يجزئ في الأضحية عند صاحب «التقريب»، وكون الماء المشترى مشمَّسًا، أو المبيع نجسًا ينقص بالغسل - عيب. وكذا الرمل تحت الأرض إن كان مما يبطل البناء، والأحجار إن كانت مما تبطل الزرع والغرس، وفي «الوسيط» حكاية خلاف في الأحجار، وإن كانت مودعة يثبت الخيار، إلاَّ أن يقول البائع: أنا أزيلها في مدة قريبة لا أجرة لمثلها.

ولو أضرت الحجارة بالغراس دون الزرع؛ ففيه وجهان في «الحلية»:

أحدهما - ويحكى عن ابن أبي هريرة-: أنه ليس بعيب.

وقال الماوردي: عندي ينظر في أرض تلك الناحية: فإن كانت مرصدة للزرع دون الغراس لم يثبت، وإن كانت مرصدة للغراس ثبت.

وظهورُ قَبَالَةٍ تُوقِفُ المبيع، وعليها خطوط المتقدمين، وليس في الحال من يشهد بذلك - عيب، قاله في «العدة».

وكذا كون البائع وكيلًا، أو وصيًّا، أو أمين حاكم على وجه محكي في «الحاوي»، وكذا لو كان العبد مبيعًا[1] في جناية عمدٍ، وقد تاب على وجه فيه أيضًا. ولا ردّ بكون الرقيق رطب الكلام، أو غليظ الصوت، أو سيئ الأدب، أو ولد زنى، أو مغنيًا، أو حجامًا، أو أكولًا، أو زهيدًا، قال القاضي الحسين: إلاَّ أن يكون لعلة به.

وكذا لو كان العبد مرتدًا حالة العقد، وقد تاب قبل العلم على المذهب.

وفي «الحاوي» في كتاب «الرهن»: أن ذلك عيبٌ في الحال، وأمَّا إذا قلنا: إنه ليس بعيب، فهل له الرد به؟ فيه وجهان.

وكذا لا ردّ بكونه عقيمًا وغير مخفوض أو مختون، إلاَّ إذا كان الغلام كبيرًا يخاف عليه من الختان[2]، وقيل: ألا تستثنى هذه الحالة أيضًا، وإطلاق القاضي

---

(١) في د: معيبًا.

(٢) قوله: ولا رد بكون الرقيق عقيمًا وغير مخفوض أو مختون، إلا إذا كان الغلام كبيرًا يخاف عليه من الختان. انتهى كلامه. =

الحسين يوافق هذا.

وكذا لا ردّ بكون الرقيق ممن يَعْتِقُ على المشتري، ولا بكون الأَمَة أخته من الرضاع أو النسب، أو موطوءة ابنه، بخلاف المحرمة والمعتدة؛ لأنّ التحريم ثم عام فتقل الرغبات، وهاهنا يختص التحريم به، ورأي القاضي ابن كجٍّ إلحاق ما نحن فيه بالمحرمة والمرتدة، وهذا ما أشرت إليه من قبل.

وكذا لا أثر لكونها صائمة على الأصح.

وضابطه: أن الردّ يثبت بكل ما في المعقود عليه مما ينقص قيمة العين، أو نفسها من الخلقة التامة نقصانًا يفوت به غرض صحيح، بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه، وإنما اعتبرنا نقصان العين لمسألة الخصي؛ فإنه يثبت به الردّ - وإن زادت القيمة - لفوات غرض صحيح به، وإنما اعتبرنا الخلقة التامة؛ ليخرج ما إذا نقص من العين ما هو زائد عن الخلقة التامة كالأصبع الزائدة إذا أزالها البائع - فإنه لا ردّ بسبب فوات ذلك إذا لم يبق شَيْنٌ، وإنما اشترطنا فوات غرض صحيح؛ احترازًا عمَّا إذا قطع قُلْفة يسيرة من فخذها، أو ساقه، بحيث لا يؤثر شيئًا، ولا يفوت غرضًا.

فرع: لو وجد الإباق، والسرقة، والزنى، ونحو ذلك في يد البائع، وارتفع مدة مديدة؛ بحيث يغلب على الظن زوالها، ثم وجدت في يد المشتري.

قال الثقفي والزجاجي وأبو علي: لا يجوز الرد؛ لاحتمال أن تلك المعانى ارتفعت، ثم حدثت في يد المشتري؛ فصارت كالمرض الحادث في يد[1] المشتري، حكاه في «الإشراف».

قال: «وإن اشترى جارية فوجدها ثيبًا» - أي: في سن تحتمله - «أو مسنة، أو كافرة» - أي: يحل وطؤها كاليهودية والنصرانية -«لم يرد» ؛ لأن هذا ليس بنقص، بل

= والمخفوض - بالخاء المعجمة وبالفاء وبالضاد المعجمة غير المشالة - هو المختون. قاله الجوهري، قال: واختفضت الجارية، أي: اختتنت، والخافضة: الخاتنة.
إذا علمت ذلك علمت أن المذكور هنا غير صحيح؛ فإنه جعلهما شيئين، فقال: ولا رد بكونه كذا وغير كذا، والسبب في وقوع ذلك: أن الرافعي وجماعة عبروا بالخفض، وجماعة آخرون عبروا بالختان؛ فتوهم أنهما شيئان، وأن كل طائفة نصت على ما لم يقله غيرها. نعم، الخفض لا يكون إلا للمرأة، والإعذار للرجل، والختان يعمهما، ثم إن تعبيره بالغلام غير مستقيم، وصوابه التعبير بالرقيق؛ ليشمل الأنثى. [أ و].

(١) في د: مدة.

فوات فضيلة، أمَّا إذا كانت الثيب صغيرة بحيث يندر ثيابتها، أو الكافرة ممن لا يحل وطؤها كالمجوسيّة والوثنية والمرتدة - ثبت الرد؛ لأنّ ذلك نقص، وفي «التتمة» في الكافرة الأصلية: أنه لا يثبت الرد في هذه الصورة أيضًا، وطرده في الغلام.

وفي «النهاية» في هذا الباب: أنه لو اشترى عبدًا فخرج كافرًا، فالذي ذهب إليه عامة الأصحاب: أن الكفر عيبٌ.

وذكر العراقيون وجهًا: أنه ليس بعيب، واسم «العبد» لا يتعرض للإيمان ولا للكفر.

وفي هذا القول تفصيلٌ عندي: فإن كان الغالب العبد المسلم في موضع العبد الكافر، وكان الكفر منقصًا للقيمة فهو عيبٌ، وإن لم يكن الإسلام غالبًا في العبيد، بل كانوا منقسمين، وكان الكفر منقصًا للقيمة، فهذا فيه تردد، ظاهر القياس: أنه ليس بعيب، وظاهر النقل أنه عيب، وإن لم يكن الكفر منقصًا، والعادات مضطربة، فالوجه: القطع بأنّ الكفر لا يكون عيبًا.

وقال - متصلًا بباب «بيع حبل الحبلة»-: إذا اشترى المسلم عبدًا، فخرج كافرًا نُظر: إن اشتراه في بلاد الإسلام فله ردُّه؛ فإن الكفر في العبيد نادرٌ في هذه الديار، وإن كان في دار الحرب فالذي ذهب إليه الأكثرون: أنه لا يرده، وكان شيخي يقول: يثبت الخيار؛ لأنّ الكفر عيبٌ مهما اتفق، وما قاله أولًا وآخرًا يجري في الأمة الكتابية من طريق الأَوْلى، وقد أشار إليه في «التهذيب».

قال: «إلاَّ أن يكون قد شرط أنها بكر، أو صغيرة، أو مسلمة» فيثبت له الرد؛ لأجل الخلف.

وحكى الإمام في آخر «النهاية» فيما إذا شرط أنها بكر، وكانت مزوجة، فخرجت ثيبًا - وجهين في ثبوت الخيار.

قال: «وإن شرط أنها ثيبٌ، فخرجت بكرًا لم يرده»؛ لأنها أكمل مما شرط، وهذا هو الأصح.

قال: «وقيل: يرد؛ لأنه قد يتعلق له بذلك غرض؛ لضعف آلته، أو كبر سنه، وقد فات عليه؛ فيثبت له الخيار.

ويجري هذا الخلاف - على ما حكاه الماوردي - وغيره فيما إذا اشترط أنها سبطة، فخرجت جعدة الشعر، أو بيضاء الشعر - على قول من لم يشترط الرؤية -

فخرجت سوداء الشعر، أو خصيًّا فخرج فحلًا عند أبي الحسن العبادي.

والمذهب فيه أنه يثبت، وكذا لو شرط أنه أقلف فبان مختونًا. قاله المتولي. إلاَّ أن يكون العبد مجوسيًّا، وثَمَّ مجوس يشترون الأقلف بزيادة، فله الرد.

قال: «ولو[١] **شرط أنه كافرٌ فخرج مسلمًا**» - أي: والبائع مسلم - «**ثبت** [له][٢] **الرد**» [؛ لأنّ قيمة الكافر في السوق أكثر؛ لأنه يشتريه المسلم والكافر، فَطِلابه أكثر، وذلك غرض مقصود، فإذا فات ذلك عليه ثبت له الرد][٣]، وحكى الإمام في هذا الباب: أنهما إن كانا متوجهين إلى بلاد الكفر، وكانوا يكثرون الولوج فيها - فقد يكون الكافر أكثر قيمة، فإذا أخلف الشرط والحالة هذه ثبت الخيار.

وأبعد بعض أصحابنا وقال: لا خيار، وارتاع هؤلاء من تشعيث في نسبتنا إلى إيثار الكفر.

وهذا غير سديد؛ فإن المالية هي المرغبة، وهي مأخوذة من الرغبات في كثرتها وقلتها، وذكر ما ذكرناه من قبل، ثم قال: وهذا إذا كان الكافر أكثر قيمة، فإن لم يكن الأمر كذلك جرى الحكم فيه بمثابة خُلْف الشرط في البكارة والثيوبة. فإن بان مسلمًا - والشرط كونه كافرًا - فهو كما لو شرط أن يكون سبط الشعر فخرج أجعد، وحكى في كتاب «النكاح» متصلًا بباب «الأمة تغرُّ من نفسها» ثلاثة أوجه:

أحدها: أنّ الخيار يثبت؛ لأن المقصود المالية، وقد يكون الكفر في المملوك من الأغراض المالية.

والثاني - ما ذهب إليه المزني-: أنه لا خيار. ووافقه بعض الأصحاب.

والثالث: إن كان الموضع الذي جَرَى فيه الشراء قريبًا من ديار الكفر، وكان يتوقع أن يطرقوا ذلك الموضع ويرغبوا فيه - فيثبت الخيار، وكذلك إن اتفق ذلك في بلد أهل الذمة، فأما إذا جرى في موضع بعيد عن بلاد الكفر، ولا يكثر فيه أهل الذمة؛ فلا خيار.

وما ذكره الأولون من النظر إلى الأغراض المالية غير صحيح؛ فإن القيمة إن كانت تزيد من وجه رغبة الكفار مثل رغبة باطلة مستندها الكفر وتحسينه، واعتقاد كونه حقًّا - فيكاد أن يكون ذلك المزيد بمثابة ثمن الخمر.

---

(١) في التنبيه: وإن. (٢) سقط في التنبيه. (٣) سقط في د.

ولو أتلف هذا العبد، فذهب جماعة الأصحاب: أنه يجب على المتلف أن يغرم قيمته؛ اعتبارًا بما يطلب فيه[١]، وإن كان بأكثر مما يشترى به المسلم، وذهب المزني ومن وافقه إلى أنّ ذلك المزيد لا يضمن؛ لما أشرنا إليه، وهو بمثابة ازدياد قيمة الجارية بأن تصير عوَّادة، فلا يكاد يخفى أن القيمة تزداد في القينة ضعف ما تكون الجارية الناسكة، ومن اشتراها لم يعترض عليه؛ فإنّ الشراء يرد على عينها، ولكن لو أتلفت لم يضمن متلفها إلاَّ قيمة مثلها لو كانت لا تحسن الغناء، والله أعلم.

أمّا لو كان البائع كافرًا كان في جواز الرد ما ذكرناه في باب «ما يجوز بيعه» إن جوزنا شراءه.

فرع: لو اشترى أرضًا أو ثوبًا على أنه عشرة أذرع، فخرج دونها أو فوقها - ففي الصحة قولان، أظهرهما - وبه قطع قاطعون - فيما إذا خرجت ناقصةً: الصحةُ، تنزيلًا للخُلْف في الشرط في القدر منزلة الخلف في الصفات[٢].

وللمشتري الخيار عند النقص، وإذا أجاز فبقسطه، أو بجميع الثمن؟ قولان، أظهرهما: الثاني؛ لأن المتناول بالإشارة المعين، وللبائع الخيار على قول الصحة في حال الزيادة على المشهور، فإن أجاز كان الجميع للمشتري، وفي وجه: لا خيار له، واختاره البغوي.

وعلى[٣] المشهور: لو قال المشتري للبائع: لا تفسخ فأنا أقنع[٤] بالقدر المذكور شائعًا والزيادة لك، فهل يسقط خيار البائع؟ فيه قولان عن رواية صاحب «التقريب» وغيره، وحكاهما القاضي أبو الطيب قبيل كتاب الرهن عن رواية ابن سريج وجهين، أظهرهما - وبه قال الإمام، ورجحه ابن سريج-: أنه لا يسقط.

قال الرافعي: وقياس هذا ما إذا باع القطيع على أنه عشرون رأسًا، والصبرة على أنها ثلاثون صاعًا. وفرق صاحب «الشامل» بين الصبرة وغيرها، ورأى أن الصبرة إذا زادت يرد الفضل، وإن نقصت وأجاز المشتري يخير بالحصة، وفيما عداها يخير بجميع الثمن؛ لأن أجزاءها تتساوى، فلا يجرُّ التوزيع جهالة.

قال: وإن باع، وشرط البراءة من العيوب؛ ففيه ثلاثة أقوال:

---

(١) في د: به.
(٢) في د: النقصان.
(٣) في د: على.
(٤) في د: أتبع.

أحدها: أنه يبرأ؛ لقوله ﷺ: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[١]؛ [لأنّ خيار العيب][٢] إنما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة، فإذا صرح بالبراءة فقد ارتفع الإطلاق، فعلى هذا: لو حدث به عيبٌ قبل القبض لم يبرأ منه، وكان له الرد، فلو اختلف في تقدمه على العقد وتأخره عنه، وحدوثه قبل القبض، فهل القول قول البائع أو [قول][٣] المشتري؟ فيه وجهان [في «الحاوي».

قال: والثاني[٤]: لا يبرأ؛ لأنه خيار ثابت بالشرع، فلا ينتفي بالشرط][٥] كسائر مقتضيات العقد، [و][٦] لأنه إبراء عن مجهول لا يدرى، وذلك غَرَر، ولأن الرد بالعيب مستحقٌّ بعد لزوم العقد؛ فلم يجز إسقاطه بالشرط قبل لزوم العقد كما في الشفعة.

قال: «ويبطل البيع على هذا، وقيل: لا يبطل»، ويوجههما[٧] ما تقدم في نفي خيار المجلس، والأظهر منهما عدم البطلان؛ لاشتهار القصة المذكورة بين الصحابة، وعدم إنكارهم، والذي عليه جمهور الأصحاب - كما حكاه الماوردي[٨]-: البطلان.

قال: «والثالث: أنه يبرأ من كل عيب باطن في الحيوان لم يعلم به البائع»؛ لأن الحيوان يتغذى بالصحة والسقم، وتتحول طبائعه، وقلَّما يبرأ من عيب خفيٍّ؛ فيحتاج البائع إلى هذا الشرط فيه ليثق بلزوم البيع.

قال: «ولا يبرأ مما سواه» - أي: مما يعلمه - أو[٩] هو ظاهر في الحيوان ولم يعلمه، وما لا يعلمه من غيره؛ لما روي أن ابن عمر باع عبدًا من زيد بن ثابت بثمانمائة درهم بشرط البراءة، فأصاب زيد به عيبًا، فأراد ردّه على ابن عمر، فلم يقبله، فترافعا إلى عثمان، فقال لابن عمر: تحلف إنك لم تعلم بهذا العيب؟ فقال: «لا»، فرده عليه، فباعه ابن عمر بألف[١٠] درهم، ولأن كتمان العيب تلبيس، وهذا هو الأصح في هذا الطريق الذي قاله[١١] ابن سريج وابن الوكيل، والإصطخري، وابن خيران وأبو إسحاق جزما به. ولنصه في «المختصر»، وفي «[اختلاف][١٢] العراقيين» به إشعار.

---

(١) تقدم. (٢) في د: ولا خيار للعيب. (٣) سقط في د.
(٤) زاد في التنبيه: أنه. (٥) سقط في د. (٦) سقط في د.
(٧) في جـ: يوجبهما. (٨) زاد في د: في. (٩) في د: و.
(١٠) زاد في د: وخمسمائة.
(١١) في د: قال به. (١٢) سقط في د.

وفي «الحاوي» طريقة ثالثة عن ابن أبي هريرة: أنه يبرأ في[(١)] الحيوان من غير المعلوم [دون المعلوم، ولا يبرأ في غير الحيوان من المعلوم، وفي غير المعلوم][(٢)] قولان، ولو قال: بعتك بشرط ألاَّ ترد بالعيب، جرى فيه هذا الخلاف، وزعم المتولي أنه فاسدٌ قطعًا مفسد للعقد.

قال القاضي الحسين في «تعليقه»: «لأنه منع تصرفه في حق يثبت له بمقتضى العقد، بخلاف شرط البراءة؛ فإنه اشترط البراءة من ثبوت الحق.

ولو شرط البراءة من العيوب الموجودة والتي تحدث، ففيه وجهان، أصحهما - ولم يذكر الأكثرون سواه-: أنه فاسد.

ولو عين بعض العيوب، وشرط البراءة عنه نظر: إن كان مما لا يعاين، مثل أن يقول: بشرط براءتي من عيب الزنى والسرقة والإباق، برئ منها بلا خلاف، وإن كان مما يعاين كالبرص: فإن أراه قدره وموضعه فكمثل، وإن لم يره فهو كشرط البراءة مطلقًا، وحكى الغزالي في هذه الصورة خلافًا على القول بعدم الصحة في الأصل مبنيًّا على العلتين في فساده.

قال الإمام: «وليس المعنى بالإعلام أن يطلع المشتري على العيب، [أو يرى من نفسه العلم بها، وإنما المراد البراءة من صفات لا يقطع الشارط بكونها، وإنما بقدر البراءة لو كانت؛ إذ لو حصل الإطْلاع على العيب][(٣)] فلا حاجة إلى الشرط، ومن الإطْلاع أن يقول البائع: «هذه العيوب به فأبرئني منها».

قال: «وإن[(٤)] **اختلفا في عيب يمكن حدوثه** - أي: مثل تخريق الثوب، وكسر الإناء، والبرص، وأمثال ذلك، **فقال البائع: حدث عندك، وقال المشتري: بل كان عندك - فالقول قول البائع**؛ لأن حدوث العيب متفق عليه، والأصل عدم حصوله في يد البائع[(٥)]، ولأن دعوى المشتري تقتضي الفسخ، ودعوى البائع تقتضي الإمضاء،

---

(١) في جـ: من.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في التنبيه: فإن.
(٥) قوله: وإن اختلفا في عيب يمكن حدوثه، أي: مثل تخريق الثوب، وكسر الإناء، والبرص، وأمثال ذلك، فقال البائع: حدث عندك، وقال المشتري: بل كان عندك - فالقول قول البائع؛ لأن حدوث العيب متفق عليه، والأصل عدم حصوله في يد البائع. انتهى كلامه.
واعلم أنه كيف يستقيم الفرق بأن حدوثه متفق عليه، مع أن صورة المسألة في العيب الذي يمكن =

وهو الأصل فاتبع فيه.

قال: «مع يمينه»؛ لأن ما يدعيه المشتري محتمل فحلف لذلك، واليمين تكون على البت[١]؛ لأن العيب[٢] نقص شيء، والبائع يدعي إقباضه، واليمين في القبض على البت، ويسوغ له ذلك بغلبة الظن [كما يحلف][٣]على خط أبيه وصدق الشهود.

وفي «الحاوي» في باب «الخلاف في اليمين مع الشاهد» حكاية وجه فيما إذا كان المدعى من العيب الإباق: أنه يحلف على العلم، فيحلف: لقد باعه ولا يعلم أنه آبق؛ لأنه غاية ما يقدر عليه، وعلى الأول في هذا وفي غيره[٤]، فكيفيتها إن أجاب عن الدعوى بأنه لا يستحق علي الرد بهذا العيب كذلك، وله أن يحلف أنه باعه وما به العيب الذي ذكره، إن كان المشتري قد ادّعى أنه باعه وهو معيب، كما حمل عليه نصُّ الشافعيّ، أو أنه أقبضه وما به العيب الذي ذكره، إن كان المشتري قد ادعى حدوث العيب بعد العقد، وإن أجاب بأنه باعه وأقبضه وما به العيب الذي ذكره، فهل يحلف لذلك أم له أن يحلف إنه لا يستحق عليه رد السلعة بهذا العيب؟ فيه خلاف، قاعدته مذكورة في الكتاب، والأظهر الأول، وهو ما أورده في «التهذيب».

ولو اختلفا في بعض الصفات هل هي عيبٌ أم لا؟ فالقول قول البائع أيضًا، إلاَّ أن يخبر عدل واحد من أهل العلم بأنه عيبٌ كما حكاه في «التهذيب»، واعتبر المتولي فيه شهادة شاهدين.

ولو اختلفا في العلم بقدر العيب: فأنكر المشتري أنه علم بقدره، وادّعاه البائع - فالقول قول المشتري، فيحلف إنه لم يعلم قدره يوم رآه، أو يحلف إنه زائد على ما اعترف به، حكاه في «الإشراف».

ولو ادعى البائع علم المشتري بالعيب، أو تقصيره في الرد، فالقول قول المشتري،

= حدوثه، سواء قطعنا بحدوثه بعد وجود العيب أم احتمل مقارنتهما في الوجود كالعمى وغيره؛ فإنه يحتمل أن يكون طارئا وأن يكون قد خلق أَكْمَهَ.

تنبيه: ذكر في الباب مخلد بن خفاف في قوله - عليه أفضل الصلاة والسلام-: «الخراج بالضمان». أما «مخلد» فإنه بميم مفتوحة، وخاء معجمة ساكنة، و«خفاف» بضم الخاء المعجمة وتخفيف الفاء، وهو غفاري، والحديث صححه الترمذي وغيره. [أ و].

(١) في جـ: العيب.
(٢) في د: التعيب.
(٣) في د: كالحلف.
(٤) زاد في د: وادعى غيره.

وقيّد[١] ذلك في «الإشراف» بما إذا كان مثل العيب يخفى عليه.

ولو[٢] اختلفا في الثمن، وقد دعت الحاجة إلى الرجوع بالأرش، فالقول قول البائع أو المشتري؟ روى القاضي ابن كجٍّ فيه قولين، والأصح: الأول.

ولو اختلفا في قدر الثمن بعد ردِّ المبيع، فعن أبي الحسين أن ابن أبي هريرة قال: «الأَوْلَى أن يتحالفا، وتبقى السلعة في يد المشتري، وله الأرش على البائع» قيل له: إذا لم يتبين الثمن كيف تعرف الأرش؟ قال: «أحكم بالأرش في القدر المتفق عليه».

قال أبو الحسين: «وحكى أبو محمد الفاسي عن أبي إسحاق أن القول قول البائع، كما لو اختلفا في الثمن قبل الإقالة»، وهذا هو الصحيح.

قال: «**وإن باعه عصيرًا، وسلمه [إليه]**[٣]**، فوجد في يد المشتري خمرًا، فقال البائع: عندك صار خمرًا** - أي: ومضى زمان يمكن[٤] انقلابه فيه خمرًا - **وقال المشتري: بل عندك كان خمرًا؛ ففيه قولان:**

أحدهما: أنّ[٥] **القول قول البائع**»؛ لما ذكرناه في الفصل قبله، وهذا ما صححه النواوي.

«**والثاني: أن القول قول المشتري**»؛ لأنّ البائع يدعى عليه قبضًا صحيحًا، وهو منكر له، والأصل عدمه، ولا حكم للقبض الذي اعترف به؛ فإنه فاسد، ليس قبضًا شرعيًا؛ فكأنه لا قبض. قال المتولي: وبهذا فارق مسألة العيب؛ لأن وجود العيب لا يمنع صحة القبض. وهذا القول قد صحح الماوردي نظيره فيما لو وقع الاختلاف على هذا النحو بين الراهن والمرتهن [وفي العصير المرهون][٦]، وقضيته التصحيح هنا أيضًا.

[والقولان يقربان - على ما أشار إليه الإمام في كتاب «الرهن» - من اختلاف الأصحاب في حد المدعِي والمدعَى عليه:

فمنهم من يقول: المدعي: من يدعي أمرًا خفيًا، والمدعَى عليه: من ينكر أمرًا جليًا.

ومنهم من يقول: المدعي: من لو سكت تُرِكَ والسكوتَ، والمدعى عليه: من

---

(١) في جـ: وقيل.
(٢) في جـ: وقد.
(٣) سقط في التنبيه.
(٤) في د: يمكنه.
(٥) سقط في التنبيه.
(٦) سقط في د.

لا يُترك والسكوت.

ووجه التخريج: أن المشتري لو سكت ترك فهو المدعي، إذًا فيكون القول قول البائع؛ لأنه المدعى عليه؛ فإنه لو سكت لم يترك.

وإن قلنا: المدعي من يدعي أمرًا خفيًّا» فالمدعي هو البائع؛ فإنه يدعي القبض الملتزم، والأصل عدمه، والمشتري يدعي عدم القبض، وهو الأصل، ويقرب من هذه المسألة ما حكاه الإمام في «الرهن» عن القاضي، وهو ما إذا اشترى لبنًا في قمقمة، فصبه البائع في قمقمة المشتري، فوجد فيه فأرة، فاختلفا، فقال المشتري: بعتني اللبن طاهرًا فوجدت فيه فأرة، وقال البائع: لا، بل كانت الفأرة في قمقمتك، وكان من جوابه أن هذا تخريج[1] على القولين في إقباض العصير والخمر.

فإن قيل: إذا كانت النجاسة في ظرف المشتري، فاللبن ينجس بملاقاة النجاسة؛ فليس ما ادّعاه إقباضًا على الصحة.

قلنا: ليس كذلك؛ فإن اللبن إذا حصل في فضاء الظرف، ثبت له حكم القبض جزءًا جزءًا قبل أن يلقى النجاسة.

واعلم أن الشيخ تكلم في فسخ العقد بسبب التدليس والعيب والخلف، وسكت عن فسخه بالتراضي، وهي الإقالة، ولا شك في جوازها واستحبابها عند ندم أحدهما على العقد؛ لما روى أبو داود عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا أَقَالَ اللهُ عَثْرَتَهُ»[2].

---

(١) في د: يخرج.

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ٢٥٢)، وأبو داود (٣/ ٧٣٨) كتاب البيوع والإجارات، باب: في فضل الإقالة، حديث (٣٤٦٠)، وأبو يعلى في «معجم شيوخه» (ص - ٣٤٤) رقم (٣٢٦)، وابن حبان (١١٠٣ - موارد)، والحاكم (٢/ ٤٥)، والبيهقي (٦/ ٢٧) كتاب البيوع، باب: من أقال المسلم إليه بعض السلم وفي «شعب الإيمان» (٦/ ٣١٤، ٣١٥) رقم (٨٣١٠)، والخطيب في تاريخ بغداد (٨/ ١٩٦) من طريق يحيى بن معين ثنا حفص بن غياث عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أقال مسلمًا عثرته أقاله الله عثرته يوم القيامة».
وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.
وصححه ابن حبان.
وأخرجه ابن حبان (١١٠٤ - موارد)، والبيهقي (٦/ ٢٧) كتاب البيوع، باب: من أقال المسلم إليه بعض المال، وفي «شعب الإيمان» (٦/ ٢٦٠) رقم (٨٠٧٦) والطبراني في «مكارم الأخلاق» رقم =

وصيغتها أن يقولا: تقايلنا، أو يقول أحدهما: أقلت، فيقول الآخر: قبلت، لكن هل هي فسخ أم بيع؟ قولان:

أصحهما - وهو المنصوص عليه في الجديد-: الأول؛ إذ لو كانت بيعًا[1] لصحت

= (٦٠)، وقاسم بن أصبغ في «مصنفه»، والبزار كما في المقاصد الحسنة (ص/ ٣٩٩) رقم (١٠٦٥) من طريق إسحق بن محمد الفروى ثنا مالك بن أنس عن سُمي عن أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أقام نادمًا عثرته أقاله الله - عز وجل - عثرته يوم القيامة».
وقال البزار: تفرد به إسحق بن مالك، وصححه ابن حبان.
وأخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٤١) كتاب التجارات، باب: الإقالة، حديث (٢١٩٩) من طريق مالك بن سعير ثنا الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أقال مسلمًا أقال الله عثرته يوم القيامة».
قال البوصيري في الزوائد (٢/ ١٧٣): هذا إسناد صحيح على شرط مسلم. اهـ.
وأخرجه أبو نعيم في الحلية (٦/ ٣٤٥)، والبيهقي (٦/ ٢٧) من طريق مالك عن سهيل ابن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة به.
قال السخاوي في المقاصد الحسنة (ص - ٣٩٩): وهي أصح من طريق مالك عن سمى بل قيل: إن تلك خطأ.
وأخرجه الحاكم في «علوم الحديث» (ص - ١٨)، والبيهقي (٦/ ٢٧) من طريق عبد الرزاق عن معمر عن محمد بن واسع عن أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أقال نادمًا أقاله الله نفسه يوم القيامة، ومن كشف عن مسلم كربة كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه».
قال الحاكم: هذا إسناد من نظر فيه من غير أهل الصنعة لم يشك في صحته، وليس كذلك فإن معمر ابن راشد الصنعاني ثقة مأمون، ولم يسمع من محمد بن واسع، ومحمد بن واسع ثقة مأمون ولم يسمع من أبي صالح.
وللحديث شواهد من حديث أبي شريح ويحيى بن أبي كثير مرسلاً.
حديث أبي شريح:
أخرجه الطبراني في الأوسط كما في مجمع الزوائد (٤/ ١١٣) عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من أقال أخاه بيعًا أقاله الله عثرته يوم القيامة».
قال الهيثمي: رواه الطبراني في «الأوسط»، ورجاله ثقات.
وصححه المنذري في «الترغيب والترهيب» (٢/ ٥٥٥).
حديث يحيى بن أبي كثير:
أخرجه عبد الرزاق (٢/ ٥٦) رقم (٢٤٦٨) عنه مرسلاً.
تنبيه: صحح حديث أبي هريرة جماعة من الأئمة والحفاظ، منهم على سبيل المثال: الحاكم، وابن حبان، والبيهقي، وابن دقيق العيد كما في المقاصد (ص - ٣٩٨)، والمنذري، والذهبي، والبوصيري وغيرهم.

(١) في جـ: تبعًا.

من غير البائع، وبغير الثمن الأول، ولافتقر إلى ذكر الثمن فيها، وكل ذلك غير معتبر.

والمنصوص عليه في القديم - كما حكاه الإمام-:

الثاني: ولو قالا: تفاسخنا العقد، فمنهم من قال: إنه فسخ قولًا واحدًا، وعند هذا القائل البيع يقبل الفسخ بالتراضي.

ومنهم من قال: كلُّ ما فرض على التراضي من لفظ الإقالة أو الفسخ، فهو خارج على القولين، ولا نظر إلى الألفاظ.

وعند هذا القائل البيع لا يقبل الفسخ بالتراضي على القديم.

وحيث قلنا: إن الإقالة فسخ، فهل من وقت الفسخ أو من أصل العقد؟ فيه وجهان تظهر فائدتهما في «الزوائد» حكاهما الرافعيُّ في حكم العقد قبل القبض وبعده، وللمشتري جنس المبيع لاسترداد الثمن على القولين جميعًا.

ويجوز من الورثة بعد موت المتعاقدين أو أحدهما، وهل يجوز بعد تلف المبيع؟ إن قلنا: إنها بيع، فلا، وإن قلنا: إنها فسخٌ، فنعم على الأصح، كما في الفسخ بالتحالف.

ولو كان أحد العبدين تالفًا، فالخلاف مرتب، وأولى بالجواز، وادّعى القاضي أبو الطيب في كتاب «السلم» إجماعنا [على][1] صحتها في هذه الصورة، ويجوز في بعض المبيع الذي يتقسط الثمن عليه بالأجزاء، وكذا إن كان يتقسط عليه بالقيمة إذا قلنا: إنها فسخٌ، وإن قلنا: إنها بيعٌ، فلا.

وحكى الفوراني على قول الفسخ أنه ينفسخ في البعض، وهل ينفسخ في الباقي؟ قولَا تفريقِ الصفقة، وعلى القولين يخرج أيضًا تحديد حق الشفعة، ووجوب التقابض في مال الربا، وجواز التصرف بعد الإقالة وقبل القبض، وكذلك التلف في هذه الحالة في أنه يرجع بالثمن أو بدله، وجواز الإقالة قبل القبض، وفي المسلم فيه.

فإن قلنا: إنها فسخٌ، جاز، وإن قلنا: إنها بيعٌ، لم يجز [في المسلم فيه][2]، وفي المبيع قبل القبض يكون كالبيع منه، على ما حكاه الرافعيّ.

وقال الإمام: لم أر أحدًا من الأصحاب يخرج الإقالة قبل القبض على أنها فسخٌ أو بيعٌ.

---

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

حتى إذا قلنا: إنها بيعٌ، خرجت على الخلاف في أن بيع المبيع من البائع قبل القبض، هل يجوز، وكذلك لم يردِّد أحد من أصحابنا القول في الإقالة في المسلم(١)، بل أطلقوا جوازها، وكان شيخي يقول: الإقالة قبل القبض تنفذ، فإن جوزنا بيع المبيع من البائع قبل القبض خرجت المسألة على القولين في أن الإقالة فسخٌ أو بيعٌ، فإن قلنا: لا يصح بيع المبيع من البائع، فالإقالة [له](٢) نافذة فسخًا قولًا واحدًا.

ولو تعيب المبيع في يد المشتري، ثم تقايلا واطلع عليه البائع.

فإن قلنا: إنها [بيع](٣)، ثبت له الخيار.

وإن قلنا: إنها فسخ، أخذ الأرش، قاله الرافعي، ولم يحك سواه، و الذي جزم به في «الشامل» جواز الرد، ولم ينبه على شيء، وكان يتجه أن يتخرج على الخلاف فيما إذا فسخ البائع العقد بعيب في الثمن، ثم وجد المبيع قد تغير في يد المشتري؛ فإنه هل يرجع بالأرش مع أخذ العين، أو يتخير بين أن يرجع في العين ليس إلاَّ وبين أن يأخذ قيمتها سليمة؟ وفيه وجهان منقولان في آخر «النهاية»، واختار القاضي الحسين وابن سريج - على ما حكاه ابن أبي الدم - الثاني، وهو المحكي في «الوسيط» في آخر كتاب الغصب، ومقابله هو الذي رجحه الإمام، وهو المحكى في «كتاب الصداق من «الوسيط» ».



---

(١) في د: السلم. (٢) سقط في د. (٣) سقط في د.

باب بيع المرابحة والنجش والبيع على بيع أخيه وبيع الحاضر للبادي، وتلقي الركبان

[قال:][(١)] يجوز أن يبيع ما اشتراه برأس المال؛ [للإجماع][(٢)] وبأقل منه، أي: ولو من البائع قبل نقد الثمن الأول، وإن كان الثمنان[(٣)] من نوع يجري فيه الربا.

ودليل الصحة فيما إذا باع من غير البائع، أو منه بعد قبض الثمن الأول - الإجماع؛ على ما حكاه المحاملي، وهو محمول على ما إذا لم يتكرر، أمَّا إذا تكرر، فالإمام مالك - رحمه الله - قد يمنع منه في بعض الصور.

وفيما إذا باعه من البائع قبل قبض الثمن الأول: عموم قوله ﷺ: «إِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ»[(٤)].

وقوله ﷺ لبلال - على ما رواه مسلم عن أبي سعيد الخدري - حين جاءه بتمر بَرْنِيٍّ: «مِنْ أَيْنَ هَذَا؟» فقال بلال: «تمرٌ كان عندنا رديءٌ، فبعت منه صاعين بصاع لمطعم، فقال رسول الله ﷺ عند ذلك: «أَوَّاهُ! عَيْنُ الرِّبَا، لاَ تَفْعَلْ وَلكِنْ[(٥)] إذا أَرَدْتَ أَنْ تَشْتَرِيَ التَّمْرَ فَبِعْهُ بِبَيْعٍ آخَرَ، ثُمَّ اشْتَرِ بِهِ»[(٦)] ولم يفصل، ولأن ما جاز بيعه من غير بائعه [بثمن جاز بيعه من بائعه][(٧)]بذلك الثمن كالأجنبي، وكما بعد القبض الثمن الأول.

ولا يقال: إنه إذا كان قبل القبض من بائعه فهو وسيلة إلى تحليل الربا؛ لأنه لو كان بيعه بالأقل[(٨)] ربا لكان بيعه بالأكثر منه ربا، وما روى عن عائشة - رضي الله عنها - في قصة زيد بن أرقم الذي استدل به على منع ذلك، ضعيف السند، على أنَّ إنكارها محمول على كون البيع الأول وقع إلى العطاء، وهو مجهول. هذا مشهور المذهب.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: الثمن.
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) في د: المراد.
(٦) في د: اشتره، والحديث تقدم تخريجه.
(٧) سقط في د.
(٨) في د: بالأول.

وقال الإمام: قد يضطرب في ذلك إذا عم العرف بشيء؛ فيجعل عموم العرف في حكم الشرط، كما تردد الأصحاب فيما إذا عم العرف بانتفاع المرتهن [بالمرهون](١)، هل يجعل كالمشروط في الرهن.

وبالمنع أفتى الأستاذ أبو إسحاق، والشيخ أبو محمد إذا صار ذلك عادة؛ فيبطل العقدان جميعًا، وألحق الماوردي بأصل المسألة ما إذا باع طعامًا بثمن مؤجل، ثم حلَّ الأجل؛ فإنه يجوز أن يأخذ بذلك الثمن طعامًا وغيره من المطعوم.

وهذا منه تفريعٌ على جواز التصرف في الثمن الذي في الذمة، كما صرح به غيره، وهذه المسألة تعرف بـ «مسألة العِينة» أخذًا من العين، وهو النقد الحاضر، نبه عليه ابن الصباغ في مداينة العبيد(٢).

قال: «**ويجوز أن يبيعه مرابحة إذا بين رأس المال ومقدار الربح**، صورة ذلك أن يقول: «ابتعتها(٣) بمائة»، أو: «رأس مالي مائة»، أو: «هي عليَّ بمائة»، أو «قامت عليَّ بمائة»؛ و«بعتك بمائة»، وربح كل عشرة درهمًا مثلًا.

ودليل جواز ذلك من غير كراهة عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ولأن الثمن فيه معلوم كما أنه معلوم فيما إذا قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، أو هذا القطيع كل شاة بدرهم.

قال القاضي أبو الطيب: وقد أجمعنا على جوازه؛ فكذلك هاهنا، [ويجوز أن يضيف إلى الثمن شيئًا ثم يبيعه مرابحة؛ بأن يقول: اشتريته بمائة، وقد بعتكه بمائتين، وربح كل عشرة درهمًا، وكأنه قال: بعتك بمائتين وعشرين].

أمَّا إذا لم يبين رأس المال، وقال: بعتك مرابحة كل عشرة درهمًا بما اشتريته - فثلاثة أوجه حكاها المتولي مجموعة، وهي متفرقة في «تعليق» القاضي الحسين.

---

(١) سقط في د.

(٢) قوله: وإذا اشترى سلعة جاز له بيعها من بائعها قبل إعطاء ثمنها له، وإن باعه بأقل، وكان الثمنان من نوع يجري فيه الربا. ثم قال: وهذه المسألة تعرف بمسألة العينة؛ أخذا من العين وهو النقد الحاضر، نبّه عليه ابن الصباغ في مداينة العبيد. انتهى كلامه.
وهذا النقل عن ابن الصباغ صحيح، لكنه بعيد في المعنى، ومخالف لكلام أهل هذا الشأن؛ فقد قال الجوهري: العينة - بالكسر - السلف، واعتان الرجل إذا اشترى بالنسيئة. هذا كلام الجوهري، وذكر غيره مثله. [أ و].

(٣) في د: ابتعته.

أقيسها: أنه لا يجوز؛ لجهالة الثمن، كما لو قال: بعتكه بما اشتريته، ولم يقل: مرابحة، وهو جاهل بالثمن؛ فإنه لا خلاف على ما حكاه القاضي الحسين: أنه لا يجوز.

والثاني: أنه يجوز؛ لأنّ الثمن فيه مبني على الثمن الأول، وذلك معلوم في الخلوة، وإن لم يسمِّه في العقد، بخلاف ما إذا لم يقل: مرابحة؛ فإنه لا ينبني فيه على الثمن الأول.

قال القاضي: بدليل ما لو خان(١) فيه لا يحط، ولا يثبت له الخيار.

والثالث: إن أعلمه في المجلس استمرت صحته، وإلاَّ بطل.

ثم على قول الصحة: لو اختلفا في قدر الثمن، فالقول قول البائع مع يمينه؛ كالمشتري مع الشفيع، قاله القاضي.

ويجري الخلاف المذكور فيما لو كان الثمن [الأول](٢) كفًّا من الدراهم مجهولًا لم يفسر بعد، كما صرح به المتولي، والله أعلم.

وكما يجوز البيع مرابحة يجوز محاطَّة، مثل أن يقول: الثمن مائة، وبعتك بما اشتريت بحط درهم من كل عشرة، لكن في القدر المحطوط وجهان:

أحدهما: أنه يُحَطُّ من كل عشرة واحد؛ فيكون الثمن تسعين.

والثاني - وهو ما حكاه الشيخ أبو حامد عن أصحابنا بعد أن قال: ليس لصاحبنا في هذه المسألة نصٌّ-: أن المحطوط من كل أحد عشر درهمًا درهم، كما أن الربح من كل أحد عشر درهمًا درهم، فيكون الثمن على هذا في مثالنا: تسعين وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءًا في مجموع الدرهم؛ لأن الذاهب من تسعة وتسعين تسعة، فيبقى درهم يضع منه جزءًا من أحد عشر جزءًا، وهذا ما(٣) حكاه المحاملي، ونسبه إلى مذهب الشافعي، لكنه صور المسألة بما إذا قال: بعتك بوضيعة درهم في كل عشرة. وقد خطأ القاضي أبو الطيب الشيخ أبا حامد فيما حكى عنه، وقال: ذلك مذكور فيما إذا قال: بعتك على وضيعة دهْ يَازده وهو أن يضع من كل أحد عشر درهمًا درهمًا، فأمَّا في هذه المسألة فلا يكون الثمن إلا تسعين من غير زيادة، وعلى

---

(١) في د: جاز.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: فيما.

هذا [المنوال][(١)] جرى المتولي والإمام، ووافقهما البندنيجي في الحكم، ولم يتعرض للتخطئة، وقال الماوردي - بعد أن حكى أن الذي ذهب إليه الجمهور مثل ما قاله الشيخ أبو حامد-: الأصح عندي، أنه إذا قال: يحط درهم من كل عشرة، فالمحطوط واحد من عشرة، وإذا قال: يحط درهم لكل عشرة، فالمحطوط واحد من أحد عشر.

قال: «وما يزاد في الثمن وما يحط منه في مدة الخيار» - أي: خيار الشرط؛ لأن المختص بالمدة يلحق برأس المال؛ لأنّ لكل واحد منهما ترك العقد وإتمامه؛ فأشبه حالة العقد، وإذا كان هذا الحكم ثابتًا في خيار الشرط، ففي خيار المجلس من طريق الأَوْلى، وهذا هو الأصح عند الأكثرين فيهما.

وذهب أبو زيد والقفال إلى أنه يلحق في خيار المجلس دون خيار الشرط؛ لأنّ مجلس العقد كنفس العقد؛ ألاّ ترى أنه لو عين رأس المال والعوض في «الصرف» في خيار المجلس جاز؛ بخلاف[(٢)] زمان الخيار المشروط؟!

قال الإمام متصلًا بباب الربا: «وهذا مما انفرد به أبو زيد، ولا يظهر فرق بين الخيارين.

وقيل: لا يلحق في واحد منهما؛ لتمام العقد، كما بعد اللزوم، وهذا هو الصحيح في «التتمة»، وقد حكى الإمام أنه مبني فيما إذا زاد على أن المبيع في زمن الخيار ملك المشتري، والأول مبنيٌّ على أنه باق على ملك البائع، ووافقه من العراقيين على ذلك أبو علي الطبري في «الإفصاح»، وطرد هذا البناء في لحوق الحط أيضًا، كما حكاه عنه مجلي في كتاب «الشفعة».

قال الإمام: والصحيح عندنا أن ذلك لا يلحق.

وإن قلنا: إن البيع[(٣)] لا ينقل الملك، فإن البيع الأول إذا لم يرتفع ولم يشتمل لفظ العقد على الزيادة، فلا معنى لتقدير إلحاق الزيادة من غير فسخ محقق وإعادة، فيمتنع لحوق الزيادة؛ لفساد الصيغة.

حكى ذلك قبيل «باب تجارة الوصى بمال اليتيم».

وحكى مجلي في كتاب «الشفعة» عن بعضهم أنا إذا قلنا بانتقال الملك

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: خلاف.
(٣) في د: المبيع.

فالحطيطة[١] إبراء، وهل ينفذ؟ كل الأصحاب على نفوذه، ومنهم من قال: في النفوذ خلاف مرتب على عتق البائع في مدة الخيار على هذا القول، فإن قلنا بالنفوذ فهل يلحق ذلك بالعقد[٢]؟ فيه وجهان.

فإذا قلنا: إن الخيار يمنع انتقال الملك، فإذا حط عنه البعض كان إبراءً.

وذكر القاضي في نفوذها وجهين:

وجه النفوذ توافُقُ الخلق على ذلك في العُصُر الخالية.

وفي «الحاوي» في باب «بيع الطعام»[٣]: أن النقصان إذا كان قبل التفرق كان فسخًا للبيع الأول، واستئنافَ بيعٍ بعده بما بقي من الثمن الأول، حتى لو كان ذلك بعد تلف المبيع أو عتقه لم ينفذ القبضُ[٤]، ويبقى الثمن الأول، بحاله، ولو كان [قد][٥] قبض المبيع، ثم حط عنه شيئًا من الثمن، ثم تلف قبل إحداث قبض ثانٍ - بطل العقد، وهكذا الحكم في الزيادة، وأبطل في هذا الباب أن يكون النقص أو الزيادة فسخًا للعقد، وقال في أواخر باب «الربا»: إن المشتري إذا أبرأه البائع في زمن الخيار لم يصح؛ لأنه إبراءٌ مما لم يستقر ملكه عليه، وحكم إلحاق الأجل في زمن الخيار حكم الزيادة. ولو ذكراه في العقد ثم أسقطاه سقط وصار حالًّا، كما صرح به

---

(١) في د: فالحطية. (٢) في د: العمل.

(٣) قوله: وما يزاد في الثمن ويحط منه في مدة الخيار يلحق برأس المال.

ثم قال: وفي الحاوي في باب بيع الطعام: أن النقصان إذا كان قبل التفرق كان فسخًا للبيع الأول، واستئنافَ بيعٍ بعده بما بقي من الثمن الأول، حتى لو كان ذلك بعد تلف المبيع أو عتقه لم ينفذ النقص، ويبقى الثمن الأول بحاله، ولو كان قبل قبض المبيع ثم حط عنه شيئًا من الثمن، ثم تلف قبل إحداث عقد ثان - بطل العقد، وهذا الحكم في الزيادة.

ثم قال ما نصه: وأبطل في هذا الباب: أن يكون النقصان أو الزيادة فسخًا للعقد، وقال في أواخر باب الربا ... إلى آخر ما قاله.

وهذا الذي ذكره - رحمه الله - يقتضي اختلاف كلام الماوردي؛ فإن الكلام فيما إذا حصل ذلك في زمن الخيار، وليس الأمر كما قال المصنف؛ بل الذي قاله الماوردي في هذا الباب - أعني باب المرابحة - إنما محله بعد اللزوم، وقصد بذلك الرد على أبي حنيفة؛ فإنه قال بلحوق الحط بعد اللزوم، ويقدر فسخًا، وأجازه بما بقي فقال - أعني الماوردي -: فإن الزيادة والنقصان لا تلحق العقد بعد استقراره، وجوز ذلك أبو حنيفة، وجعل الزيادة والنقصان فسخًا للعقد الأول واستئنافَ عقدٍ ثانٍ، وهذا فاسد من وجوه ثلاثة. هذا كلام الماوردي. [أ و].

(٤) في جـ: النقص. (٥) سقط في د.

الأصحاب[١] في باب «السلم».

وقال القاضي الحسين متصلًا بباب تجارة الوصي: ينبغي أن ينفسخ العقد؛ لأنه جعل الثمن إذا كان عشرة مثلًا في مقابلة المبيع والأجل، ولما أسقط الأجل يحتاج إلى أن يسقط شيئًا من الثمن، ولا يعرف ذلك؛ فيصير مجهولًا.

قلت: لو كان هذا معتبرًا لوجب إذا حط من الثمن بعضه أن ينفسخ العقد فيما يقابل المحطوط من المبيع، ولا قائل به، ولوجب إذا اشترى سلعة بثمن مؤجل ومات أن يبطل العقد؛ لأن الأجل سقط بالموت، ثم مع الصحة لا يثبت للوارث الخيار في فسخ العقد لفوات بعض المقابل بجزء من الثمن، وذلك يقدح فيما ذكره.

تنبيه: قول الشيخ: «وما يحط منه» احترز به عما لو حط جميعه؛ فإن العقد ينفسخ عند من يرى إلحاق الحط في بعض الثمن، صرح به الإمام والرافعيُّ.

وفي «الحاوي»: في الموضع الذي حكى فيه أن الحط يلحق، من هذا الباب: أن حطيطة الثمن كله لا تكون فسخًا للعقد.

وقال المتولي في كتاب «الشفعة»: «إنه إذا حط الثمن كله كان كأنه قال: بعتك بلا ثمن، فعلى طريقةٍ ينعقد هبة، وعلى طريقةٍ يكون بيعًا فاسدًا، وعلى ذلك جرى في «الذخائر» في «الشفعة».

وقال في «الإبانة»: «[إنا][٢] إذا قلنا: إن الحط لا يلحق، فالمبيع ملك المشتري، لكن هل بالبيع أو بالهبة؟ فيه وجهان.

وقوله: «يلحق برأس المال» يجوز أن يكون المراد فيما إذا أراد أن يخبر بأن رأس ماله فيه كذا، أمَّا إذا أراد أن يخبر بأن شراءه كذا فيجوز ألاَّ يعتبر الحطّ ولا الزيادة، وهو قضية إطلاق المتولي لهذا التفصيل من غير أنّ يفرق بين أن يكون العقد قد لزم قبل الحط أم لا.

وفي الرافعي تخصيص ما حكاه المتولي بما إذا كان بعد اللزوم؛ فإنه قال: ما يزاد في الثمن بعد انقضاء الخيار لا يلحق بالمشتري.

الثاني: وأمَّا الحط، فإن كان البيع بلفظ «ما اشتريت»، لم يلزمه حط المحطوط،

---

(١) في د: في الإجماع.
(٢) سقط في د.

وإن كان بلفظ «قام عليّ» لم يخبر إلاَّ بالباقي، فإن حط الكل لم يجز بيعه مرابحة بهذا اللفظ.

وفي «تعليق» القاضي الحسين وغيره حكاية وجه فيه، كما في لفظ الشراء، ولو حط عنه بعض الثمن الأول بعد جريان المرابحة لم يلحق الحط المشتري منه.

وعن[١] الشيخ أبي محمد وجه: أنه يلحق كما في التولية والإشراك، والفرق على الأول أن بناء عقد التولية والإشراك على العقد الأول أقوى وآكد، بدليل أنه لا يقبل الزيادة، وأمَّا المرابحة فيقبلها كما ذكرناه.

قال: وما يرجع به من أرش العيب يحط من رأس المال؛ لأنه جزءٌ من الثمن. فلو جنى على العبد المبيع وأخذ الأرش لم يحط على أحد الوجهين، كما لا يضيف ما غرمه من أرش جنايته[٢] إلى الثمن.

قال الماوردي: وعلى هذا للمشتري الخيار إذا علم. وفصل الإمام فقال: إن بقى للجناية أثر ونقصان في عين أو مال وجب الإخبار به، وإلاَّ فلا يجب على أحد الوجهين، ولو جنى عليه جناية، وقلنا بالأصح: أن جراح العبد مقدرة، وقدر الجناية نصف القيمة، وما نقص إلاَّ ثلثها - فهل يحط ما غرمه له الجاني وراء النقصان؟ فيه الوجهان، والأصح: لا.

ثم قال: وقد يرى الناظر في كتب العراقيين وجهين مطلقين في أنه هل يجب ذكر [أرش][٣] الجناية؟ وهذا غير معقول إلاَّ في أرش لا يقابل تنقيصًا من القيمة كما ذكرته في الصورتين، وحيث قلنا: «يحط» وكان الثمن مائة، والأرش عشرة، فلا يقول: «اشتريته بتسعين»، ولا: «ثمنه تسعون» بل يقول: «قام عليَّ بتسعين» قاله في «المهذب» في الأرش، وفي «الحاوي» أنه يخبر بأي العبارات الثلاثة شاء.

فرع: لو اشترى شيئًا بعشرة، وباعه بخمسة عشر، ثم اشتراه بعشرة خبَّربها خلافًا لابن سريج؛ فإنه قال: يخبر بخمسة. ولم يطرد ذلك فيما إذا خسر في الأول خمسة أنه يضيفها إلى الباقي[٤]، كذا هو المشهور عنه.

وفي «التتمة» أنه طرده، وأنه جعل الخسارة كمؤنة التزمت من أجرة خياطة أو

---

(١) في د: عن.
(٢) في د: الجناية.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: الثاني.

قصارة، والله أعلم.

قال: «**وإن اشترى ثوبًا بعشرة، وقَصَره بدرهم، ورفأه بدرهم، خبّر**[١] **به في المرابحة فيقول: «قام عليَّ باثني عشر»** - أي: وبعتك بربح[٢] كل درهم ثمن مثلًا؛ لأنه صادق، وكذا أن يقول: «هي عليّ باثني عشر».

قال: «**ولا يقول: ابتعته باثني عشر**»؛ لأنه كذب. وهل يجوز أن يقول: «رأس مالي فيه اثنا عشر»؟ فيه وجهان: أظهرهما: أنه يجوز.

وفي «مجموع» المحاملي: الجزم بأنه لا يجوز، وكذلك في «الحاوي»، ومثل هذا التفصيل يجري فيما إذا أدَّى أجرة الحمال، والحارس، والصباغ، وقيمة الصبغ، وأجرة الحان، وتطيين الدار، وكراء البيت الذي فيه المتاع، وأجرة الكيال والدلال إذا كان الثمن مكيلًا أو عرضًا نادى عليه واشترى السلعة بعد ذلك، وسائر المئونات التي تلزم الاسترباح، دون [سائر][٣] المئونات التي يقصد بها استيفاء الملك: كنفقة العبد وكسوته، وعلف الدابة، وفداء العبد بسبب الجناية.

وفي «التتمة» حكاية وجه: أنه يدخل [العلف الزائد على المعتاد لا محالة][٤]؛ ذكره القاضي الحسين وغيره.

وأجرة الطبيب - إن اشتراه مريضًا - كأجرة القصَّار، وإن حدث المرض في يده فهي كالنفقة.

وفي مؤنة السائس تردد الإمام، والأظهر أنها كالعلف.

والمكس الذي يأخذه السلطان يدخل في لفظ القيام، ولا يدخل في لفظ الشراء، وهل يدخل في لفظ «رأس المال»؟ فيه وجهان في «التتمة».

تنبيه: قوله: «رفأه بدرهم» مهموز، يقال: «رفأت الثوب وأرفؤه رفئًا»: إذا أصلحت ما تهرَّش منه.

قال الجوهري: «وربما لم[٥] يهمز».

قال: «**وإن عمل فيه عملًا يساوي درهمين أخبر به، فيقول: «اشتريته بعشرة، وعملت فيه بدرهمين**» لأنه الواقع، «**ولا يقول: قام عليَّ باثني عشر**؛ لأن عمل

---

(١) في د: خير. (٢) في د: ربح. (٣) سقط في د.
(٤) في د: والعلف الزائد على المعتاد يدخل لا محالة.
(٥) في د: لا.

الإنسان بنفسه لا يتقوم عليه.

تنبيه: قوله: «يساوي درهمين» هذه اللغة الفصيحة، وفيه لغة قليلة: «يَسْوَى»، وأنكرها الأكثرون، وعدُّوه لحنًا.

قال المرزوقي في «شرح الفصيح»: يقال: هذا الشيء يساوي ألفًا أي: يستوي معه في القدر».

قال: وإن أخذ من لبنه أو صوفه الموجود حال العقد شيئًا أخبر به؛ لأن ذلك يناله قسط من الثمن فيحتاج إلى تقويم ما أخذه من الصوف أو اللبن، ويوزع الثمن عليه [وعلى الشاة][(١)] على قدر قيمتهما، كما يفعل في العبدين، ولو لم يكن ذلك موجودًا حال العقد، ثم وجد وأخذه - لم يخبر به؛ كما لو انتفع بالعبد.

قال: «وإن اشترى عبدين بثمن واحد، جاز أن يبيع أحدهما مرابحة، إذا قسط الثمن عليهما بالقيمة» - أي: قيمتهما وقت الشراء؛ لأن العقد يقتضي ذلك.

قال في «التتمة»: إلاَّ أنه لا يقول: «اشتريته بكذا» [إلاَّ][(٢)] إذا بين حقيقة الحال فيه.

وقال القاضي الحسين: يجوز له أن يخبر بلفظ: «قام عليَّ» خاصة.

ولو اشترى مائة قفيز حنطة بمائة درهم، وأراد بيع قفيز منها مرابحة، جاز أن يخبر أن ثمنه درهم، ومن أصحابنا من منع إلا بإخبار الصورة، قال الماوردي: والأول أصح.

ولا يجوز مثل ذلك فيما إذا اشترى عبدًا بمائةٍ، وأراد أن يبيع نصفه بخمسين بلفظ الشراء. صرح به المتولي.

ولو أسلم في عبدين[(٣)] بصفة واحدة، ثم قبضهما، وأراد بيعهما مرابحة - قسم الثمن عليهما بالسوية؛ قاله مجلي، سواءً كانا من ذوي الأمثال أو القيم، وسواءً كانا متفقين في القيمة أو لا؛ لأن الثمن وقع عليهما بالسوية.

قال: وإن قال: «اشتريته بمائة»، ثم قال: بل [اشتريته][(٤)] بتسعين - أي: وباعه مرابحة، لكل عشرة درهم مثلًا - ففيه قولان:

أحدهما: يحط الزيادة وربحها» - أي: وذلك أحد عشر في مثالنا - ويأخذ

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: عينين.
(٤) سقط في د.

المبيع بالباقي - أي: وهو تسعة وتسعون؛ لأنه ملك نقل بالثمن الأول مع زيادة منسوبة إليه، فيحط الزائد عليه، كما في الشفعة والتولية، ولا خيار للمشتري؛ لأنه زاده خيرًا.

قال: «**والثاني: أنه بالخيار**» - أي: المشتري - «**بين أن يفسخ البيع، وبين أن يحط الزيادة وربحها، ويأخذ المبيع**[1] **بالباقي**»؛ لأنه ربما كان له غرض في الشراء بمائة وربحها لتحِلَّة قَسَمٍ أو نفاذ وصية، ولأنه لا يأمن أن يكون الثمن أنقص من تسعين، وحاصل ما قاله الشيخ أن البيع صحيحٌ، وفي ثبوت الخيار القولان، وقد بناهما الماوردي على أن إخباره بالتسعين كذب أم لا؟ وفيه خلاف:

فمن لم يجعله كذبًا، ووجهه[2] بأن التسعين تدخل في المائة - قال: لا يثبت للمشتري خيار، وهذا ما حكى من بعد هذا البناء أنه المذهب، وصححه غيره، وفي الرافعي: أنه نصّ عليه في كتاب «اختلاف العراقيين».

ومن جعله كذبًا؛ لأن التسعين بعض المائة، وهي مقابلة بعض المبيع؛ فلم يجز أن يخبر بأنها جميع الثمن، ومقابلة لجميع المبيع - أثبت للمشتري الخيار[3]، وهو ما

---

(١) سقط في التنبيه.

(٢) في د: وجهه.

(٣) قوله: وإن قال: اشتريته بمائة، وباعه مرابحة، ثم قال: بل بتسعين - فالبيع صحيح، وفي ثبوت الخيار قولان. ثم قال ما نصه: وقد بناهما الماوردي على أن إخباره بالتسعين كذب أم لا؟ وفيه خلاف، فمن لم يجعله كذبًا، ووجهه بأن التسعين تدخل في المائة - قال: لا يثبت للمشتري خيار.
قال: ومن جعله كذبًا؛ لأن التسعين بعض المائة، وهي مقابلة بعض المبيع؛ فلم يجز أن يخبر بأنها جميع الثمن ومقابلة بجميع المبيع - أثبت للمشتري الخيار. انتهى كلامه.
وهذا الذي نقله عن الماوردي غلط فاحش؛ فإن كلام المصنف فيما إذا كذب وقت البيع بزيادة، والبناء المذكور إنما يتصور في العكس، وهو ما إذا اشتراه بمائة ثم أخبر وقت المرابحة بأنه اشتراه بتسعين، وقد صرح الماوردي بهذا فقال: فصل: ولو اشترى ثوبًا بمائة درهم، فأخبر في بيع المرابحة أنه اشتراه بتسعين درهمًا - فقد اختلف أصحابنا: هل يكون كاذبًا في إخباره؟ على وجهين:
أحدهما: ليس بكاذب؛ لدخول التسعين في المائة، فعلى هذا الوجه: لا خيار للمشتري إذا علم بذلك.
والوجه الثاني: أنه كاذب؛ لأن التسعين بعض المائة، وفي مقابلة بعض المبيع؛ فلم يجز أن يخبر بأنها جميع الثمن وفي مقابلة جميع المبيع، فعلى هذا الوجه: للمشتري الخيار في الفسخ إذا علم بذلك.
هذه عبارة الماوردي. [أ و].

حكى بعد هذا البناء أنه قولٌ مخرج من المسألة التي نذكرها من بعد، وفي الرافعي: أنه الذي نقله المزني، وقد جزم بعض الأصحاب بالقول الأول، وحمل ما نقله المزني على ما إذا ثبت النقص بالبينة، وفرق[1] بأنه إذا ثبت ذلك بالإقرار دلّ على أمانته وديانته؛ فلا يخاف خيانته مرة أخرى؛ ولذلك لم يثبت للمشتري خيار، وإذا ثبت خيانته بالبينة لا تؤمن خيانته، بأن يكون هذا الثوب قد اشتراه بثمانين، وأخفى الذي اشتراه بتسعين.

ثم إذا ثبت للمشتري الخيار، وأجاز، أولم[2] يثبته له، فهل للبائع خيار؟ فيه وجهان، وقيل قولان، أظهرهما: لا، وقيل: محلهما إذا ثبت النقص بالبينة، أمَّا إذا ثبت بالإقرار فيثبت قطعًا، ووراء ما ذكرناه قولان، أو وجه وقول:

فالوجه رواه القاضي أبو حامد في «الجامع»؛ بناءً على الحط أن العقد باطل لكون الثمن مجهولًا عند العقد، وحكاه صاحب «التقريب» قولًا، وضعفه الإمام.

وتقريره: أن الحط لا يفتقر إلى إنشاء حط، كما في أرش العيب القديم على رأي، بل من أصل العقد، وذلك يحصل الجهالة.

وقد أجاب الإمام عن ذلك بأنّ العقد عقدٌ على ظن العلم بالثمن؛ فاكتفى به، وإذا أخلف[3] فطريق الاستدراك الخيار، لا الحكم بالفساد، وهذا يناظر قولنا: لا يزوج السيد أمته من مجبوب على علم، ولو فعل لم يصح، ولو زوجها على ظن السلامة انعقدت وخيرت الأمة.

وعبر الماوردي عن هذا الوجه: بأن من أصحابنا من قال على قول الحط: يأخذه بعقد مستأنف.

ثم قال: وهذا غلطٌ؛ لأنه لو أخذه بعقد مستأنف لبطل العقد الأول، إلى اشتراط قدر الربح، كما افتقر إليه الأول.

وما قاله الإمام من الاستدراك بالخيار فيه نظرٌ أيضًا؛ لما قد عرفت أن المذهب: أن الخيار لا يثبت.

والقول: أن العقد ينعقد بجميع الثمن، وهو في مسألة الكتاب مخرجٌ مما إذا ثبت

(١) في د: وعرف.
(٢) في د: ولم.
(٣) في د: اختلف.

النقص بالبينة؛ فإن فيها قولين منصوصين في كتاب «اختلاف العراقيين» على ما حكاه أبو الطيب، وعلى هذا للمشتري الخيار جزمًا، إلاَّ أن يكون عالمًا بكذبه؛ فلا يثبت. ولو قال له: «لا تفسخ؛ فإني أحط عنك الزيادة» فهل يسقط خياره؟ فيه وجهان.

وهذا كله إذا كان المبيع باقيًا، أمَّا لو تلف قبل ذلك ففي «التهذيب»[(١)] وغيره من كتب العراقيين أنه تنحط الزيادة وربحها قولًا واحدًا، ويلزم البيع.

قال الرافعي: «والظاهر جريان القولين في الانحطاط، وأمَّا الخيار [فلا يثبت للمشتري][(٢)] إن قلنا بالانحطاط، وفي ثبوته للبائع الخلاف السابق، وإن قلنا بعدم الانحطاط فلا يثبت للبائع، وكذا للمشتري على أظهر الوجهين؛ كما لو عرف بعيب المبيع بعد تلفه، لكن يرجع بقدر التفاوت وحصته من الربح كما يرجع بأرش العيب، أمَّا إذا لم يبعه مرابحة، بل قال: اشتريته بمائة، وبعته لك بمائة وعشرة، وكان قد اشتراه بتسعين - انعقد بمائة وعشرة قولًا واحدًا، ولا خيار للمشتري؛ لأنه الذي ضيع حقه، حيث اعتمد قوله فيه.

قاله القاضي الحسين في «التعليق».

قال: **وإن قال: اشتريته بمائة** - أي: وباعه مرابحة - **ثم قال:** [بل][(٣)] **بمائة وعشرة - لم يقبل**» - أي: قوله في ذلك؛ لأنه رجوع عن إقرار تعلق به حق آدمي فلم يقبل؛ كما لو أقرّ لآدميّ بمال، ثم رجع عنه.

قال: «**وإن أقام عليه بينة بذلك**؛ لأن سماع البينة فرع الدعوى، ودعواه غير مسموعة؛ لمناقضتها قوله السابق، وفي قوله السابق تكذيب للبينة أيضًا، ويخالف ما إذا قال: لا بينة لي حاضرة ولا غائبة، ثم أحضر بينة؛ فإنها تسمع على أحد الوجهين، وإن كان في قوله الأول ما يمنع سماعها؛ لأن دعواه صحيحة؛ لعدم المناقضة؛ فجاز أن يترتب عليها.

ولأن المقرَّ بِهِ هنا إثبات مستند إلى محسوس، فقوى المترتب[(٤)] عليه؛ لبعد خلافه، وما ذكره في مسألة الشهود نفي يجوز أن يكون مستندًا إلى العدم الأصلي، وتكون البينة حاصلة، كما يجوز خلافه، فضعف المترتب عليه؛ فلم يؤثر؛ ولهذا

---

(١) في جـ: المهذب.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في التنبيه.
(٤) في د: المرتب.

المعنى جرى الخلاف - أيضًا - فيما إذا قال: «ما أودعني» ثم أقام بينةً بالتلف.

ومما يؤيد هذا الفرق: أن الماوردي حكى الجزم بعدم سماع البينة إذا قال عند الشراء: اشتريته بنفسي بمائة. وفيما إذا كان قد أخبر عن شراء وكيله وعبده المأذون، ثم عاد يذكر أن الوكيل أخطأ، والعبد غلط في إخباره - حكى وجهين في سماع البينة بما ادّعاه ثانيًا، وقد أشار الإمام في باب «الضمان» إلى ما ذكرته من الفرق.

قال: **إلاَّ أن يصدقه المشتري**» أي: فتلزمه الزيادة وربحها؛ لأن الحق لهما ولا يعد وهمًا، ويثبت للمشتري الخيار، وهذا ما حكاه العراقيون.

وقيل: لا تثبت الزيادة أيضًا، ولكن يثبت للبائع الخيار، وهذا أصح في «الوجيز».

وحكى الإمام أن الذي ذهب إليه الجمهور من فقهاء الأصحاب: أنا نتبين بطلان العقد من أصله، وأن والده ذهب إلى ما حكيناه من صحة العقد.

فرع: إذا كذّبه المشتري، فهل له تحليفه؟ فيه طريقان في الطريقين:

أحدهما: أنه ينبني على أن يمين الرد بمنزلة الإقرار، أو البينة؟

فإن قلنا: بمنزلة البينة، لم[1] تعرض، وإلا عرضت، فإن حلف برىء، وإن نكل حلف البائع، وحكم له بالزيادة وربحها، ويثبت للمشتري الخيار.

والطريق الثاني: أنه [إن][2] قال: اشتريت، لم تعرض، وإن قال: وكيلي اشترى، وأخبرني بالثمن، ثم تبينت خطأه - عرضت.

وعلى طريقة الماوردي في الصورة التي جوز فيها إقامة البينة: إذا لم يكن ثمّ بينة، له تحليفه قولًا واحدًا.

قال: **وإن واطأ غلامه، فباع منه ما اشتراه بعشرة، ثم اشتراه بعشرين، وخبر بالعشرين - كره [له][3] ذلك**»؛ لأنه لو صرح بذلك فسد البيع، وكل شرط يفسد البيع إذا اعتقده كان مكروهًا، وهذا كما نقول: إذا اعتقد في النكاح أن يطلقها كان مكروهًا؛ [لأنه][4] لو صرح به فقال: قبلت نكاحها على أن أطلقها، إذا وطئتها - فسد العقد على أحد القولين.

قال القاضي أبو الطيب: ولا يجوز عندي أن يبيع هذا الثوب مرابحة؛ لأن الثمن

---

(١) في د: فلم.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.

الثاني مع غلامه زيادة من طريق الغش والخيانة، وإذا باعه مرابحة بهذا الثمن كان للمشتري الخيار، وعلى ذلك اقتصر ابن الصباغ والمتولي.

وفي «المهذب»: أنه لا خيار، وهو الذي صححه ابن أبي عصرون.

تنبيه: واطأ غلامه: مهموز، والمراد بالغلام: الأجير الحر.

أمَّا لو كان رقيقًا لم يجز أن يخبر إلاَّ بالثمن الأول؛ لأن الشراء الثاني لم يصح، وهكذا الحكم فيما لو اشترى من عامل القراض [عنه،][(١)] وكان للعامل نصف الربح، وقد اشترى السلعة بعشرة، ثم اشتراها رب المال بعشرين، لم يجز أن يخبر بأنّ رأس ماله فيها إلاَّ خمسة عشر، صرح به الماوردي.

فائدة: من جملة ما يجب الإخبار به في بيع المرابحة ذكر الأجل، إن كان قد اشترى بمؤجل، خلافًا لما حكاه المسعودي وجهًا.

فإن لم يخبر به - قال المحاملي: ليس في هذه المسألة نصٌّ، والقياس على مذهبنا ثبوت الخيار للمشتري، وهذا ما صرح به الماوردي عن المذهب، والقاضي أبو الطيب عن القاضي أبي حامد في «جامعه»، فإن أجاز كان ما وقع عليه العقد حالًا.

وكذا يجب عليه أن يخبر بما حدث في المبيع من عيب في يده، وكذا بما علمه من عيب قديم رضي به.

ولو اشتراه بغبن فهل يجب عليه الإخبار بذلك؟ فيه وجهان، أصحهما عند الإمام: أنه لا يجب.

قال الرافعيُّ: وقضية كلام الأكثرين مقابله؛ لأنهم قالوا: لو اشتراه بدين على مماطل، وجب أن يخبر به، وكذا لو اشترى من ابنه الطفل وجب الإخبار عنه؛ لأن الغالب في مثله الزيادة في الثمن نظرًا للطفل، واحترازًا عن التهمة، فإذا وجب الإخبار عند ظن الغبن فَلَأَنْ يجب عند تيقنه كان أولى.

وفي «الإبانة» حكاية الخلاف فيما إذا اشترى بالدين.

ولو اشترى من ابنه البالغ، أو من أبيه، فأصح الوجهين بالاتفاق: أنه لا يجب الإخبار عنه، كما لو اشترى من زوجته أو مكاتبه.

وفي «الشامل» ما يقتضي ترددًا في الشراء من المكاتب.

---

(١) سقط في د.

ولو اشترى بعرض وجب عليه أن يخبر به، فيقول: اشتريته بعرض، وقيمة العرض كذا؛ لأن العادة فيما بين التجار أنهم يتشددون فيما يبيعون بالعروض، ويتسامحون فيما يبيعون بالنقود، ولو قال: قام عليَّ بكذا - وذكر القيمة - جاز.

فرع: بدل الخلع، والصداق، والكتابة، ودم العمد، والمنافع يجوز بيعه مرابحة، ففي الصداق والخلع يقول: «قام عليَّ بكذا»، وهو مهر المثل، وفي الإجارة أجرة المثل، وفي الصلح عن دم العمد ديةُ المقتول.

قال القاضي الحسين في «تعليقه»: «ويحتمل وجهًا آخر: أنه لا يجوز بيعه مرابحة؛ لأنه لا يقصد بذلك التجارة، بخلاف البيع.

قال: «ويحرم النجش».

أصل النَّجْش: بفتح النون، وسكون الجيم الاستيثار؛ ومنه: نجشت الصيد، أنجُشه - بالضم - نجشًا: إذا استثرته، وسمي الناجش في السلعة - كما سنذكره - ناجشًا؛ لأنه يثير الرغبات فيها، ويرفع في ثمنها، وكل من استثار شيئًا فهو ناجش.

وقيل: أصله الختل، بمعنى: الخَدْع؛ ومنه قيل للصائد: ناجش؛ [لأنه يختل الصيد، ويحتال له][1].

وقيل: أصله المدح والإغراء.

والمحرم منه ما قاله الشيخ، وهو أن يزيد في الثمن، أي: عما تساويه العين؛ ليغر غيره فيشتريه.

والدليل على تحريمه: ما روى الشافعيُّ عن مالك عن نافع عن ابن عمر - رضي الله عنهم - أن النبي ﷺ نهى عن النجش[2].

وروى بسنده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا تَنَاجَشُوا»[3] والنهي يقتضي التحريم.

---

(١) سقط في د.

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ٩٠) كتاب البيوع، باب النجش (٢١٤٢) وطرفه (٦٩٦٣) ومسلم (٣/ ١١٥٦) كتاب البيوع، باب تحريم بيع حبل الحبلة (١٣/ ١٥١٦).

(٣) أخرجه البخاري (٤/ ٣٦١) في البيوع، باب النهي للبائع ألا يحفل الإبل (٢١٥٠) ومسلم (٣/ ١١٥٥)، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (١١/ ١٥١٥) من حديث أبي هريرة بلفظ: «لا تلقوا الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد ولا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها؛ إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر».

قال أصحابنا: ويأثم الناجش، علم بتحريم ذلك أو لم يعلم؛ لما فيه من الغرر[١]، صرح به في «التهذيب».

قال مجلي: «وفيه نظرٌ؛ فإن تأثيم من لا يعلم التحريم بعيد».

وفي «تعليق» القاضي أبي الطيب: تقييد التأثيم بحالة العلم، وهذا الشرط يعم جميع المناهي المذكورة في الباب، كما صرح به الرافعيُّ.

والبيع صحيح؛ لأنّ النهي لمعنى في غير المبيع، فأشبه البيع وقت النداء، ولا يثبت للمشتري خيار إذا لم يكن النجش بمواطأة من البائع، وإن كان فوجهان أو قولان:

أحدهما - وبه قال أبو إسحاق-: أنه يثبت، للتدليس كما في التصرية.

والثاني - وهو ظاهر قول الشافعيّ كما حكاه أبو الطيب، والأشبه عند الأئمة كما قاله الرافعيُّ، وبه قال ابن أبي هريرة-: أنه لا يثبت؛ لأن التقصير من جهة المشتري، حيث اغتر بقوله، ولم يحتط بالبحث عن ذلك من تفاوت أهل الخبرة.

ويخالف التصرية؛ إذ لا تقصير من المشتري.

ومثل هذا التفصيل يجري فيما إذا اشترى جوهرًا بعدما أراه لمن له معرفة بالجوهر، فأخبر الرائي المشتري بجودته، وبان بخلافه، على ما حكاه القاضي الحسين في باب «بيع البراءة» ويلتحق بالنجش ما إذا قال أُعطيت في هذه العين كذا كذبًا ليغر به المشتري.

قال: **ويحرم [البيع]**[٢] **على بيع أخيه** - أي: التسبب إلى البيع على بيع أخيه - **وهو أن يقول لمن اشترى شيئًا بشرط الخيار: افسخ البيع** - أي: في زمن الخيار - **فإني أبيعك مثله بأقل من هذا الثمن**؛ لما روى الشافعيُّ بسنده عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَبِيعُ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ»[٣].

وروى النسائي[٤] عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ: «لَا يَبِيعُ[٥] الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ

---

(١) في د: الغرور.
(٢) في التنبيه: أن يبيع.
(٣) أخرجه الشافعي في المسند (ترتيب) (٢/ ١٤٦) رقم (٤٩٥)، والحديث أخرجه البخاري (٤/ ٣٥٣) كتاب البيوع، باب لا يبيع على بيع أخيه، الحديث (٢١٤٠)، ومسلم (٣/ ١١٥٥): كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، الحديث (١٢/ ١٥١٥).
(٤) في د: الشافعي.
(٥) في د: يبع.

أَخِيهِ حَتَّى يَبْتَاعَ أَوْ يَذَرَ»[(١)].

والمعنى فيه: أن ذلك يوغر الصدور، ويورث الشحناء والقطيعة والهجران.

واشترط ابن كجٍّ في تحريم هذا: ألا يكون المشتري مغبونًا غبنًا مفرطًا، وقال بجوازه إذا كان مغبونًا غبنًا مفرطًا؛ لأنه ضرب من النصيحة.

ولو باع على بيع أخيه بالإذن منه؛ ارتفع التحريم على الأصح، وفي معنى ما ذكره الشيخ ما إذا قال: أبيعك أجود منه بمثل هذا الثمن، أو قال لبائع سلعة في زمن الخيار: افسخ البيع لأشتريها منك بأكثر من هذا الثمن، وكذا لو طلبها من المشتري بزيادة ربح في زمن الخيار بحضرة البائع - على ما دلّ عليه كلام الماوردي - لأنه يؤدي إلى أن يفسخ البائع على المشتري؛ طمعًا فيما يبذل له من الربح.

قال: «**فإن فسخ وباعه صحّ البيع**؛ لما ذكرناه في النجش، وهكذا الحكم فيما يذكره من المناهي.

قال: «**ويحرم [على الرجل]**[(٢)] **أن يدخل على سوم أخيه، وهو أن يجيء إلى رجل أنعم لغيره في سلعة بثمن** - أي: أجابه وقال له: نعم - كما ذكره الجوهري - «**فيزيده ليبيع منه؛ [فإن فعل ذلك صح البيع**»؛][(٣)] لما روى أنه - عليه السلام - «نَهَى أَنْ يَسُومَ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ»[(٤)] والمعنى فيه ما ذكرناه، وشرط أبو عبيد بن حربويه في تحريم ذلك أن يكون الأول مسلمًا، أمَّا لو كان ذميًّا فلا يحرم، حكاه عنه الرافعيّ في «الخِطْبة على الخطبة».

قال: **وإن [كان قد]**[(٥)] **عرض له بالإجابة** - أي: بأن قال: أشاور عليك وما أشبه ذلك، **كره الدخول في سومه**؛ لما فيه من الإيحاش[(٦)]، ولا يحرم لعدم رضا البائع، وفي «الحاوي» حكاية وجه: أنه يحرم، وغيره نسبه إلى القديم.

ولو عرضت السلعة في النداء جازت الزيادة فيها؛ لما روى الترمذي عن أنس: أن

---

(١) هذه الرواية أخرجها النسائي (٧/ ٢٥٨) رقم (٤٥١٦).

(٢) سقط في التنبيه.

(٣) سقط في د.

(٤) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٣٣) في النكاح، باب: تحريم الخطبة على خطبة أخيه (٥٤/ ١٤١٣)، وأحمد في المسند (٢/ ٥١٦، ٤٢٧) (٢/ ٣٩٤)، والدارقطني (٣/ ٧٤)، والبيهقي في السنن (٥/ ٣٤٥).

(٥) سقط في د.

(٦) في د: الإنجاش.

رسول الله ﷺ باع حلسًا وقدحًا، فقال: «مَنْ يَشْتَرِي هَذَا؟» - عن الحلس والقدح - فقال رجل: آخذهما بدرهم، فقال النبي ﷺ: «مَنْ يَزِيدُ عَلَى دِرْهَمٍ؟» فأعطاه الرجل درهمين، فباعهما منه[١] ولأن في النداء لا يقصد رجل بعينه، ولا يؤدي ذلك إلى الإيحاش[٢].

قال: **ويحرم أن يبيع حاضرٌ لبادٍ، وهو أن يقدم رجل ومعه سلعة، يريد بيعها** - أي: في الحال - **ويحتاج إليها في البلد، فيجيء إليه رجل ويقول**[٣] **له: لا تبع حتى أبيع لك قليلًا قليلًا، وأزيد [لك]**[٤] **في ثمنها، [فإن فعل صح البيع»؛]**[٥] لما روى النسائي عن أنس أنّ[٦] النبي ﷺ نهى أن يبيع حاضر لباد، وإن كان أباه أو أخاه[٧]. وروى الشافعيُّ ومسلم بسندهما عن جابر أن النبي ﷺ قال: «لَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ، دَعُوا النَّاسَ فِي غَفَلَاتِهِمْ يَرْزُقُ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ[٨]»[٩].

أمَّا إذا كانت السلعة لا يحتاج إليها إلاَّ نادرًا فلا يحرم، وإن كان عدم الحاجة لقلة السلعة وكبر البلد، أو لعدم الاحتياج إليها في الحال كما قال القاضي أبو الطيب، أو لكونه عامَّ الوجود رخيصًا كما قال في «التهذيب» - ففي التحريم وجهان، ينظر في

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ١٦٤١) في الزكاة، باب: ما تجوز فيه المسألة (١٦٤١)، والترمذي (٣/ ٥٢٢)، في البيوع، باب: ما جاء في بيع من يزيد (١٢١٨)، وقال: حديث حسن، والنسائي (٧/ ٢٥٩)، في البيوع، باب: البيع فيمن يزيد، وابن ماجه (٢/ ٧٤٠)، في التجارات، باب: بيع المزايدة (٢١٩٨)، وأحمد في المسند (٣/ ١١٤).
وقال الترمذي: لا نعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان، والأخضر بن عجلان، قال ابن معين: صالح، وقال أبو حاتم الرازي: يكتب حديثه وأعله ابن القطان بجهل حال أبي بكر الحنفي، كذا في التلخيص (٣/ ١٧).

(٢) في د: الإنجاش. (٣) في التنبيه: فيقول. (٤) سقط في التنبيه.

(٥) سقط في د. (٦) في د: عن.

(٧) أخرجه النسائي (٧/ ٢٥٦) كتاب البيوع، باب: بيع الحاضر للبادي، وهو عند البخاري (٥/ ١١٢) كتاب البيوع، باب: لا يشتري حاضر لبادٍ بالسمسرة (٢١٦١) ومسلم (٣/ ١١٥٨) كتاب البيوع، باب: تحريم بيع الحاضر للبادي (٢٢/ ١٥٢٣).

(٨) قوله: روى الشافعي ومسلم بسندهما عن جابر أن النبي ﷺ قال: «لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس في غفلاتهم يرزق الله بعضهم من بعض». انتهى.
واعلم أن قوله: «في غفلاتهم» ليست في رواية الشافعي ولا رواية مسلم، وروى الحديث - أيضًا - أبو داود والترمذي بدونها. [أ و].

(٩) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٧) في البيوع، باب: تحريم بيع الحاضر للبادي (٢٠/ ١٥٢٢).

أحدهما إلى عموم الحديث، وفي الثاني إلى المعنى.

ولا نزاع في أن القادم لو سأل الحاضر ذلك ابتداءً جاز؛ لأن في المنع منه إضرارًا بالبدوي، ولو استشار البدوي الحاضر في ذلك، فهل يرشده إلى ذلك؟ حكى ابن كجٍّ عن أبي الطيب وأبي إسحاق المروزي: أنه يجب عليه إرشاده إليه؛ لبذل النصيحة، وعن أبي حفص بن الوكيل: أنه لا يرشده إليه.

تنبيه: قول الشيخ: «يقدم رجل» هو بفتح الياء والدال، يقال: قدم: بكسر الدال، يقدم: بفتحها، قُدُومًا، ومَقْدَمًا: بفتحها.

قال: «**ويحرم تلقي الركبان» وهو أن يلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم؛ ليغبنهم**، أي: فيما يشتريه منهم - لما روى مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لَا تَلَقَّوُا الْجَلَبَ، فَمَنْ تَلَقَّاهُ فَاشْتَرَى مِنْهُ، فَإِذَا أَتَى سَيِّدُهُ بِالسُّوقِ فَهُوَ بِالْخِيارِ»[(١)].

وقد روى أبو داود عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نَهَى عَنْ تَلَقِّي الْجَلَبِ[(٢)]، فَإِنْ تَلَقَّى مُتَلَقٍّ فَاشْتَرَاهُ فَصَاحِبُ السِّلْعَةِ بِالْخِيَارِ إِذَا وَرَدَ السُّوق. وغير ذلك من الأحاديث، وفيها نظرٌ إلى أهل البادية كما نظر في الأحاديث المذكورة في الفصل قبله إلى أهل الحاضرة، كذا قاله أبو إسحاق في «الشرح».

وفي «الحاوي» ما يدل على أنّ المنع من تلقي الركبان؛ لأجل أهل المدينة: إمَّا خشية انقطاع القوافل عنها وعدولهم إلى غيرها - كما حكاه عن الجمهور - أو خشية أن يحبسه المبتاع في بيته؛ فتضيق الحال على أهل المدينة، كما حكاه عن غيرهم.

تنبيه: القافلة عند أهل اللغة: الرفقة الراجعة من السفر، ومن قال: القافلة تطلق على الذاهبة والراجعة، فقد أخطأ؛ لأن القفول الرجوع.

يقال: قفل يقفل، بضم الفاء.

والشيخ أطلق على الحاضرة قافلة؛ باعتبار ما تئول إليه.

الكساد: مصدر: كسَد الشيءُ - بفتح السين - يكسد كسادًا؛ فهو كاسد وكسيد.

وقوله: «ليغبنهم» بفتح المثناة وكسر الباء الموحدة، يقال: غبنه - بالفتح - يغبنه

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٧) كتاب البيوع، باب: تحريم تلقي الجلب (١٧/ ١٥١٩) وأحمد (٢/ ٢٨٤، ٤٠٣، ٤٨٧).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٧) كتاب البيوع، باب: تحريم تلقي الجلب، الحديث (١٧/ ١٥١٩).

في البيع[١] غبنًا: بإسكان الباء، وفي رأيه غبن - بفتح الباء-: ضعف.

وقال ابن السكيت: هما لغتان: إسكان الباء، وفتحها، وأكثر ما يستعمل في الشراء والبيع بالفتح، وفي الرأي بالإسكان.

والغبن في الشراء والبيع[٢]: الوكس.

وقيل: الخديعة، وقيل: النقص.

قال: «فإن قدموا، وبان لهم الغبن، كان لهم الخيار» - أي: سواء أخبرهم بسعر البلد، أو كذب، أو سكت كما صرح به في «التهذيب»: لعموم الخبر، وهل هو على الفور أو يمتد إلى ثلاثة أيام؟ فيه وجهان كما في خيار التصرية، وأصحهما: الأول، ولا يثبت لهم قبل أن يقدموا ويعرفوا السعر، صرح به البغوي وغيره، وكان ينبغي أن يتخرج على الخلاف الآتي في أنه إذا لم يغبنهم هل يثبت لهم الخيار؟ فإن قلنا: لا يثبت، اتجه ذلك، وإن قلنا: يثبت، فيكون في ثبوته قبل قدوم السوق خلاف[٣]، كما حكيناه في شراء الغائب.

قال: وإن لم يغبنهم فقد قيل: يثبت لهم الخيار؛ لعموم الخبر، وهذا قول من علل المنع بالمعنى الثاني الذي حكيناه عن الماوردي.

[قال:][٤] «وقيل: لا يثبت»؛ لأنه لم يوجد تغرير وخيانة، وهذا هو الأصح، وقول من علل المنع بالمعنى الأول.

قال الرافعيُّ: وقد أُجْرِيَ الوجهان فيما إذا ابتدأ الباعة والتمسوا منه الشراء عن علم منهم بسعر البلد أو غير علم.

وفي «حلية الشاشيِّ» جريانهما فيما إذا كان قد غبنهم، فلم يقدموا البلد حتى رخص السعر، وعاد إلى ما كان أخبرهم به، ولو لم يقصد التلقي، ولكن خرج لشغل آخر من اصطياد وغيره فرآهم متنقلين، فاشترى منهم شيئًا - فهل يعصي؟ فيه وجهان:

أصحهما عند الأكثرين نعم؛ لعموم المعنى، فعلى الأول لا خيار لهم وإن كانوا مغبونين. وقيل: إن أخبر عن السعر كاذبًا ثبت، وعلى الثاني حكمه ما سبق.

ولو تلقى الركبان، وباع منهم ما يقصدون شراءه في البلد، فهل هو كالتلقي

---

(١) في د: المبيع.
(٢) في د: المبيع.
(٣) في د: الخلاف.
(٤) سقط في د.

للشراء؟ فيه وجهان.

قال: «ويحرم التسعير»، وهو أن يأمر الناظِرُ في أمر المسلمين أهل السوق ألاَّ يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا، فالأصل فيه ما روى أبو داود عن أنس: قال الناس: يا رسول الله، غلا السعر، فَسَعِّرْ لنا، قال رسول الله ﷺ: «إِنَّ اللهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّازِقُ، إِنِّي لأَرْجُو أَنْ أَلْقَي اللهَ، وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يُطَالِبُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ»[١].

ولأنّ الناس مسلطون على أموالهم، وفي التسعير عليهم إيقاع حجر، وذلك غير جائز في مطلق التصرف، ولأن الإمام مندوب إلى النظر في مصالح الكافة، وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن بأولى من نظره في مصلحة البائع بوفور الثمن، وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم، ولا فرق في ذلك بين حالتي الغلاء والرخص، وفي وقت الغلاء وجه: أنه يجوز؛ رفقًا بالضعفاء.

وعن أبي إسحاق: أنه إن[٢] كان يجلب الطعام إلى البلد فالتسعير حرام، وإن كان يزرع بها، ويكون اقتناؤه فيها فلا يحرم، وحيث جوزنا التسعير فذاك في الأطعمة، ويلتحق بها علف الدواب في أظهر الوجهين، وإذا سعر الإمام مخالفًا استحق التعزير، وفي صحة البيع وجهان منقولان في «التتمة».

وعلى القول بتحريم التسعير لو فعله الإمام، وباع الناس أمتعتهم بما سعر - عليهم نظر: إن أكرههم على بيعها، ولم يمكنهم من تركها لم يصح، وإن لم يكرههم لكنهم كانوا كارهين للسعر، فالبيع جائز لكنه مكروه.

قاله الماوردي.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٩٣، ٢٩٤) كتاب البيوع، باب: في التسعير، حديث (٣٤٥١) والترمذي (٣/ ٦٠٥ ٦٠٦) كتاب البيوع، باب: ما جاء في التسعير، حديث (١٣١٤) والدارمي (٢/ ٢٤٩) كتاب البيوع، باب: في النهي أن يسعر في المسلمين، وأحمد (٣/ ٢٨٦) والبيهقي (٦/ ٢٩) كتاب البيوع، باب: التسعير، كلهم من طريق حماد بن سلمة عن قتادة وثابت وحميد عن أنس. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. وأخرجه أبو يعلى (٥/ ٢٤٥) رقم (٢٨٦١) من طريق حماد بن سلمة عن قتادة وثابت وحميد عن أنس به.
وأخرجه أحمد (٣/ ١٥٦) من طريق حماد عن قتادة عن ثابت عن أنس.
وأخرجه أبو يعلى (٥/ ١٦٠) رقم (٢٧٧٤) من طريق مبارك بن فضالة عن الحسن عن أنس به.

(٢) في د: لو.

قال: «**ويحرم الاحتكار في الأقوات**» - أي: خاصة - «**وهو أن يبتاع [طعامًا][(١)] في وقت الغلاء** - أي: بالمد - **فلا يبيعه ويمسكه؛ ليزداد في ثمنه**»؛ لما روى مسلم عن سعيد بن المسيب عن معمر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنِ احْتَكَرَ فَهُوَ خَاطِئٌ»[(٢)].

وروى ابن عمر أنَّ النبي ﷺ قال: «الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ وَالْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ»[(٣)].

قال: «**وقيل: يكره**»؛ لأن فيه تضييقًا على المسلمين ولا يحرم؛ لأنه ماله المطلق فيه تصرفه، وقد [كان سعيد بن المسيب يحتكر، فقيل له، فقال: إنَّ معمرًا الذي كان يحدث هذا الحديث أي: الأول][(٤)] كان يحتكر.

كذا حكاه مسلم.

والمذهب الأول [لما روى أبو أمامة أن النبي ﷺ نهى أن يحتكر الطعام، وظاهر النهي [يقتضي]][(٥)] التحريم، وكذلك اللعن لا يكون إلا على محرم.

ولا بأس بالشراء في وقت الرخص، ليبيع في وقت الغلاء، ولا [بأس][(٦)] أن يشتري في وقت الغلاء لنفقة نفسه وعياله، ثم يفضل شيئًا فيبيعه في وقت الغلاء، ولا [يحرم عليه][(٧)] أن يمسك غلة ضيعته ليبيع في وقت الغلاء، والأولى أن يبيع ما فضل

---

(١) سقط في التنبيه

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٢٧) في المساقاة، باب: تحريم الاحتكار في الأقوات (١٢٩- ١٦٠٥).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٢٨) كتاب التجارات، باب: الحكرة والجلب، حديث (٢١٥٣)، والدارمي (٢/ ٢٤٩)، كتاب البيوع، باب: في النهي عن الاحتكار، والعقيلي (٣/ ٢٣١، ٢٣٢)، والبيهقي (٦/ ٣٠)، كتاب البيوع، باب: ما جاء في الاحتكار، وفي شعب الإيمان (٧/ ٥٢٥)، رقم (١١٢١٣)، كلهم من طريق علي بن سالم بن ثوبان عن علي بن زيد بن جدعان عن سعيد ابن المسيب عن عمر مرفوعًا.

وقال البيهقي: تفرد به علي بن سالم عن علي بن زيد، قال البخاري: لا يتابع في حديثه.

وقال البوصيري في الزوائد (٢/ ١٦٣): هذا إسناد ضعيف لضعف علي بن زيد بن جدعان.

والحديث ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٦١)، وزاد نسبته إلى إسحاق بن راهويه والدارمي وعبد بن حميد، وأبي يعلى الموصلي في مسانيدهم.

قال السخاوي في المقاصد الحسنة ص (١٧٠): أخرجه ابن ماجه في سننه، والحاكم في صحيحه، وإسحاق والدارمي وعبد وأبو يعلى في مسانيدهم، والعقيلي في الضعفاء من حديث عمر به مرفوعًا وسنده ضعيف. اهـ.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في د.

عن كفايته، وهل يكون إمساكه مكروهًا؟ فيه وجهان.

ولو اضطر الناس إلى الطعام، وعند شخص فضل عن قوته، وجب عليه بيع ما فضل [عنه][(١)]، فإن لم يفعل أجبره السلطان عليه، [والمراد بالفضل: ما يفضل عن قوته وعائلته لسنة كاملة، كما أشار إليه الإمام في قسم الصدقات][(٢)].

ولنختم الباب بما جرت عليه عادة الأئمة بذكره معه، وهو بيع التولية والإشراك؛ لأن الشيخ ذكرهما في باب «السلم»، فيحتاج إلى معرفتهما.

فالتولية: أن يشتري شيئًا، ثم يقول لغيره: وليتك هذا العقد، فيقول المشتري: قبلت أو توليتُ، على قاعدة التخاطب، وذلك جائزٌ، ويلزم القائل مثل الثمن الأول قدرًا وجنسًا وصفة، ولا يشترط ذكره إذا علماه، فإن لم يعلمه المشتري أعلمه البائع أولًا، ثم ولاه العقد، فإن لم يعلمه فهل ينعقد؟ فيه الخلاف المذكور في نظيره في «المرابحة» على ما حكاه المتولي.

ولو حَطَّ عن المولي شيئًا من الثمن انحط عن المولي، ولو كان بعد التولية، ولو حط الكل بعد التولية، فكذلك على ما حكاه في «البسيط» [وغيره][(٣)] مع حكايته عن الأصحاب القطع بأن حق الشفيع[(٤)] يتجدد بعقد التولية، وأنّ الزيادات المنفصلة تسلم للمولى.

وعن القاضي الحسين: أن الوجه التردد في جميع هذه الأحكام، فعلى رأيٍ يجعل المولى نائبًا عن المولى، فتكون الزوائد للمولى ولا تتجدد الشفعة، ويلحقُ الحط المولى. وعلى رأيٍ تعكس هذه الأحكام، ويقول: هي بيع جديد، فظاهر المذهب الفرق بين الزوائد والشفعة، وبين الحط، وعلى هذا: لو حط البعض قبل التولية لم تجز التولية إلاَّ بالباقي، ولو حط الكل لم تصح التولية، ولو أخبر المولى عمَّا اشتراه وكذب، فمنهم من قال: هو كالكذب في عقد المرابحة، ومنهم من قال: ويحط قدر الخيانة قولًا واحدًا.

ومن شرط هذا العقد: القدرة على التسليم، والتقابض إذا كان في مال الربا، وكذا سائر الشروط، ولا يجوز قبل القبض من غير البائع على أحد الوجهين في الرافعيّ،

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في د الشفعة.

وفي البائع وجهان مرتبان على البيع منه، وأولى بالصحة.

قال المتولي: ويشترط أن يكون الثمن الأول من ذوات الأمثال، فلو كان عرضًا، وأراد أن يعبر عنه بعبارة الشراء بأن قال: اشتريت بكذا، وقد وليتك العقد بما اشتريته لم يصح إلاَّ أن يكون ذلك العرض بعينه في ملك المولى. أمَّا إذا قال: قام عليَّ بكذا، وقد وليتك العقد بما قام عليَّ - فوجهان:

أحدهما : يجوز كالمرابحة.

والثاني: لا يجوز.

والفرق: أن العقد الثاني في المرابحة مخالف للأول في قدر الثمن؛ فجاز أن يحتمل أيضًا نوع مخالفة باختلاف الجنس مع الاتفاق في المعنى، وذلك أن يبيع بقدر قيمته، فأمَّا في التولية فلا مخالفة بين العقدين أصلًا.

وأمَّا الإشراك: فهو أن يشتري شيئًا ويشرك غيره فيه؛ ليصير بعضه له بقسطه من الثمن، ثم إن نصَّ على المناصفة فذاك، وإن أطلق فوجهان:

أحدهما: يصح، ويحمل على المناصفة، وهو الأصح عند الغزالي، وبه جزم في «التتمة».

والثاني: الفساد، وهو ما أورده في «التهذيب».

وحكم الإشراك في البعض حكم التولية في الكل في جميع ما ذكرناه، والله أعلم.



باب اختلاف المتبايعين

قال: «إذا اختلف المتبايعان في ثمن السلعة، أو في شرط الخيار أو الأجل أو قدرهما، ولم يكن لهما بينة - تحالفا».

والأصل في قاعدة التحالف قوله ﷺ: «إِذَا[1] اخْتَلَفَ الْبَيِّعَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ وَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ»[2].

---

(١) في د: إذا.

(٢) روي الحديث عن ابن مسعود من طرق كثيرة منها:

الطريق الأول:

من رواية عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا اختلف البيعان، فالقول قول البائع، والمبتاع بالخيار».

أخرجه أحمد (١/ ٤٦٦)، والترمذي (٣/ ٥٧٠) كتاب البيوع، باب: ما جاء إذا اختلف البيعان، الحديث (١٢٧٠)، والبيهقي (٥/ ٣٣٢) كتاب البيوع، باب: اختلاف المتبايعين، من طريق محمد ابن عجلان، عن عون بن عبد الله به.

وأخرجه البيهقي (٥/ ٣٣٢) كتاب البيوع، باب: اختلاف المتبايعين، من طريق يعقوب ابن عبد الرحمن، عن ابن عجلان، عن عون بن عبد الله بن عتبة؛ أن ابن مسعود، والأشعث بن قيس تبايعا، فاختلفا في الثمن، فقال ابن مسعود: اجعل بيني وبينك من أحببت، فقال له الأشعث: فإنك بيني وبين نفسك، فقال ابن مسعود: إذًا أقضي بما سمعت من رسول الله ﷺ، سمعته يقول... وذكر مثله.

قال الترمذي: (هذا حديث مرسل؛ عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود)، وهكذا قال البيهقي، وزاد: (وقد رواه الشافعي عن ابن عيينة عن ابن عجلان في رواية الزعفراني والمزني عنه، ثم قال الزعفراني قال أبو عبد الله - يعني الشافعي -: هذا حديث منقطع، لا أعلم أحدًا يصله عن ابن مسعود، وقد جاء من غير وجه).

قال العلائي في جامع التحصيل (ص/ ٢٤٩): عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن عم أبيه عبد الله بن مسعود، هو مرسل، قاله الترمذي والدارقطني، وذلك واضح.

الطريق الثاني:

من رواية عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود قال: «باع عبد الله بن مسعود الأشعث بن قيس سبيا من سبي الإمارة بعشرين ألفا، فجاءه بعشرة آلاف فقال: إنما بعتك بعشرين ألفا، قال: إنما أخذتها بعشرة آلاف، قال: فإني أرضى في ذلك برأيك، فقال ابن مسعود: إن شئت حدثتك عن رسول الله ﷺ فعلت، قال: أجل، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا تبايع المتبايعان بيعا ليس بينهما شهود، فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع» قال الأشعث: فإني قد رددت عليك.

أخرجه ابن الجارود ص (٢١١ - ٢١٢) أبواب القضاء في البيوع، الحديث (٦٢٤)، والدارقطني (٣/ =

رواه الترمذي عن ابن مسعود.

= ٢٠) كتاب البيوع، الحديث (٦٥٠) كلاهما من رواية عمر بن قيس الماصر، عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه. واختلف في سماع عبد الرحمن من أبيه، وكان سفيان الثوري، وشريك، وشعبة يقولون: إنه سمع من أبيه، وكذا قال أبو حاتم، وابن معين. وينظر: جامع التحصيل (ص - ٢٢٣).
وأخرجه الطيالسي (ص: ٥٣)، الحديث (٣٩٩)، وأحمد (١/ ٤٦٦)، والبيهقي (٥/ ٣٣٣) كتاب البيوع، باب: اختلاف المتبايعين، من طريق المسعودي، عن القاسم بن عبد الرحمن قال: بايع عبد الله، فذكر الحديث ولم يذكر أباه عبد الرحمن. وكذلك رواه عبد الرزاق (٨/ ٢٧١)، الحديث (١٥١٨٥)، عن سفيان الثوري، عن معن بن عبد الرحمن عن أخيه القاسم به، والدارقطني (٣/ ٢٠) كتاب البيوع، الحديث (٦٤)، من طريق أبي العميس عتبة بن عبد الله المسعودي قال: سمعت القاسم يذكر عن عبد الله.
الطريق الثالث:
من رواية عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث بن قيس، عن أبيه عن جده قال: «اشترى الأشعث رقيق الخمس من عبد الله بعشرين ألفا» فذكر مثله.
أخرجه أبو داود (٣/ ٧٨٠) كتاب البيوع والإجارات، باب: إذا اختلف البيعان والمبيع قائم (٧٤)، الحديث (٣٥١١)، والنسائي (٧/ ٣٠٢، ٣٠٣) كتاب البيوع، باب: اختلاف المتبايعين في الثمن، وابن الجارود في المنتقى (ص: ٢١٢)، أبواب القضاء في البيوع، الحديث (٦٢٥)، والحاكم (٢/ ٤٥) كتاب البيوع، باب: إذا اختلف البيعان، والدارقطني (٣/ ٢٠) كتاب البيوع، الحديث (٦٣)، والبيهقي (٥/ ٣٣٢) كتاب البيوع، باب: اختلاف المتبايعين.
وقال الحاكم: (صحيح الإسناد)، ووافقه الذهبي، وقال البيهقي: (هذا إسناد حسن موصول). وقال ابن حزم في عبد الرحمن (٨/ ٣٦٨): (إنه مجهول ابن مجهول. قال: ومحمد بن الأشعث لم يسمع من ابن مسعود) وتبعه ابن القطان كما في نصب الراية (٤/ ١٠٥ - ١٠٦)، وزاد: (وكذلك جده محمد، إلا أنه أشهرهم، وهو أبو القاسم بن الأشعث، روى عنه مجاهد والشعبي والزهري وعمر ابن قيس الماصر وسليمان بن يسار، وروى هو عن عائشة، أما روايته عن ابن مسعود فمنقطعة. ا هـ).
الطريق الرابع:
من رواية القاسم بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن عبد الله بن مسعود قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «البيعان إذا اختلفا والمبيع قائم بعينه وليس بينهما بينة، فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع».
أخرجه الدارمي (٢/ ٢٥٠) كتاب البيوع، باب: إذا اختلف المتبايعان، وأبو داود (٣/ ٧٨٣) كتاب البيوع والإجارات، باب: إذا اختلف البيعان والمبيع قائم، الحديث (٣٥١٢)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٧) كتاب التجارات، باب: البيعان يختلفان، الحديث (٢١٨٦)، والدارقطني (٣/ ٢١) كتاب البيوع، الحديث (٧٢)، والبيهقي (٥/ ٣٣٣) كتاب البيوع، باب: اختلاف المتبايعين، كلهم من رواية هشيم، عن ابن أبي ليلى، عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه به، إلا أن أبا داود لم يسق متنه بل أحاله على الذي قبله، وقال: (فذكره بمعناه، والكلام يزيد وينقص).
أخرجه الدارقطني (٣/ ٢١) كتاب البيوع، الحديث (٦٧) من طريق إسماعيل بن عياش: ثنا موسى بن عقبة عن ابن أبي ليلى، عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، عن أبيه عن جده مرفوعًا: «إذا اختلف المتبايعان في البيع والسلعة كما هي لم تستهلك، فالقول قول البائع، أو يترادان البيع»
ورواه الحسن بن عمارة عن القاسم عن أبيه أيضًا، لكنه أتى فيه بسياق مخالف فقال: «إذا اختلف =

ومعناه: أن المبتاع بالخيار بين إمساكه بما حلف عليه البائع، وبين أن يحلف على ما يقوله، تفسيره الرواية الأخرى: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفَا، وقوله ﷺ: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، واليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[١]، وكل من المتبايعين منكر ومدعٍ؛ ولأن البائع يدعي الزيادة في الثمن وينكر النقصان، والمشتري يدعي تملك العين بالثمن الأول، وينكر الزيادة، ويوضح ذلك أن لكل منهما إقامة البينة ابتداءً على ما ادّعاه، والبينة إنما تسمع من المدعي على مُنْكِرٍ.

وكان قياس الخصومات يقتضي أن يكون القول قول المشتري [إذا كان الاختلاف في الثمن؛][٢] كما صار إليه أبو ثور؛ لأنّ الملك مسلم إليه، وقد ادّعى عليه الزيادة، وهو ينكرها. ولكن صرفنا عنه ما ذكرناه من الأحاديث.

والمعنى: أنه لَمَّا كثر الاختلاف في العقود، ومَبْنَى المعاوضات على تساوي المتعاوضين، ففي تصديق أحدهما إضرار بالآخر.

ولا فرق في ذلك بين أن تكون السلعة قائمة أو تالفة، ولا بين أن يَكون بعد لزوم العقد أو قبله، خلافًا للقاضي الحسين؛ فإنه قال: «لا تجزئ في زمن الخيار؛ لإمكان الفسخ بغيره»، وهو ما حكاه الماوردي في كتاب «السلم» فيما إذا اختلفا في الأجل قبل التفريق، وزاد أنه لا عقد بينهما، وقد أبطل ما قاله القاضي بأنه وافق على جواز التحالف في القراض مع جوازه، وقد نصّ الشافعيُّ على التحالف في الكتابة مع

= البيعان فالقول ما قال البائع، فإذا استهلك فالقول قول المشتري».
أخرجه الدارقطني (٣/ ٢١) كتاب البيوع، الحديث (٦٦)، والحسن بن عمارة متروك ساقط. ورواه أحمد، عن ابن مهدي: ثنا سفيان عن معن عن القاسم، عن عبد الله، بدون ذكر عبد الرحمن بينهما.

(١) ذكر هذا الحديث الإمام النووي في الأذكار (ص - ٤٤٧) بلفظ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر».
وقال: هو حسن بهذا اللفظ وبعضه في الصحيحين.
قلت: أخرجه بهذا اللفظ البيهقي (١٠/ ٢٥٢) كتاب الدعوى والبينات، باب البينة على المدعي.
وأصله أخرجه البخاري في الصحيح (٨/ ٢١٣) كتاب التفسير، باب: «إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنًا قليلاً أولئك لا خلاق لهم» حديث (٤٥٥٢)، ومسلم (٣/ ١٣٣٦) كتاب الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه، حديث (١/ ١٧١١) من طريق ابن أبي مليكة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه». لفظ مسلم.

(٢) سقط في د.

جوازها من جانب المكاتب، وللقاضي أن ينفصل عن القراض بأن محله بعد الخوض في العمل؛ فإن الاختلاف قبل الخوض فيه لا معنى له، مع أنه يعرض له أن يجعل نفس التناكر تفاسخًا، وإذا كان كذلك فللتحالف فائدة لا يفيدها الفسخ، بخلاف فسخ البيع في زمن الخيار؛ فإنه لا يبقى شيئًا يزيله التحالف. ثم الاختلاف في الثمن يكون من ثلاثة أوجه:

أحدها: في قدره، كما إذا قال: بعتك بألف، فقال: بل بخمسمائة.

والثاني: في جنسه، كما إذا قال: بعتك بالدنانير فقال: بل بالدراهم.

والثالث: في نوعه، كما إذا قال: بعتك بقاساني، فقال: بل بنيسابوري، وأمثال ذلك.

والاختلاف في شرط الخيار والأجل يكون من وجهين، كما ذكره الشيخ:

أحدهما: في أصله، بأن يقول أحدهما: تبايعنا بشرط الخيار أو الأجل، فينكر الآخر.

والثاني: في قدره، بأن يقول أحدهما: شرطنا الخيار ثلاثة أيام، والأجل شهرًا، فيقول الآخر: بل يومين وعشرة أيام، مثلًا.

وعدول الشيخ عن قوله: «أو قدرها»؛ أعني للثمن والخيار والأجل إلى قوله: «أو قدرهما» لدلالة ذلك على جواز التحالف عند الاختلاف في قدر الثمن من طريق الأولى؛ لأن أثر طول الأجل [والخيار][1] وقصرهما يظهر في الثمن؛ إذ هو يزيد بزيادتهما ويقل بقصرهما، أو لأنّ التثنية لا تعود إلى الخيار والأجل، بل إلى النوعين اللذين ذكرهما، فالأول ما لا بدّ منه، وهو الثمن، والثاني ما منه بد، وهو ما يصح اشتراطه من خيار وأجل، والله أعلم.

ولو وقع الاختلاف في انقضاء الأجل، مع الاتفاق على قدره فلا تحالف، والقول قول من عليه الأجل، وحكم المبيع إذا وقع الاختلاف فيه، وكان الثمن معينًا - حكم الثمن، وإن كان في الذمة فينظر: إن وقع الاتفاق على شيءٍ من المبيع، والاختلاف في ضميمةٍ إليه، مثل أن يقول: بعتك هذا العبد بألف، فيقول: بل هو وهذه الجارية بألف - فيجري التحالف أيضًا، صرح به المحاملي، والماوردي، وابن الصباغ، والمتولي، وغيرهم.

---

(١) سقط في جـ.

وإن لم يقع الاتفاق على شيء من المبيع، بأن يقال: بعتك هذا العبد بألف فقال: بل هذه الجارية - فسيأتي الكلام فيه.

وحكم الاختلاط في شرط الرهن والضمين وفي قدرهما حكمه في الأجل، وهو جار في كل ما يجوز شرطه، من كون المبيع كاتبًا أو خياطًا ونحو ذلك، وكذا [في] البراءة من العيوب، إذا صححنا هذا الشرط، كما صرح به القاضي الحسين في «التعليق»، وحكى اختلاف الأصحاب في حد ما يشرع التحالف فيه، فقال: منهم من قال: أن يتنازعا على وجه بعد اعترافهما بالانعقاد، لو تنازعا على ذلك الوجه حالة العقد امتنع به الانعقاد؛ لأجل المخالفة.

ومنهم من قال: أن يتنازعا على وجه تُسمع بينة كل واحد منهما، ولو أقاما جميعًا البينة تعارض بينهما. ومنهم من قال: أن يتنازعا في مقصود في العقد أو مشروط فيه، لو أقام كل واحد منهما [عليه][(١)] البينة سمعت.

وقال: القياس في شرط الكتابة والبراءة أن لا تحالف، والقول قول البائع، وهذا قد صرح به المتولي في شرط الكتابة حكايةً عن بعض الأصحاب، وهو قضية ما حكاه في «الإشراف» عن ابن سريج في أن التحالف لا يجري في الاختلاف في الخيار والأجل، وضبط الإمام ما يجري التحالف فيه بكل عقد يشتمل على عوض.

أمّا إذا كانت لهما بينة، وقلنا: يستعملان - ففي الرافعيّ و«التتمة»: أنه يتوقف على ظهور الحال.

وفي «شرح» ابن التلمساني: أنه[(٢)] لا تجيء القسمة، وفي القرعة والوقف وجهان، والمذكور في «الحاوي» وجه القرعة.

تنبيه: كلام الشيخ يشمل ما إذا كان المتبايعان وكيلين، أو مالكين، أو أحدهما وكيلًا والآخر مالكًا، وقد حُكي في خلف الوكيل وجه آخر: أنه لا يجوز، ويحلف موكله، وهو المحكي في «المرشد»، ولا نزاع في أنّ الوارث يقوم مقام مورثه في التحالف.

فرع: لو قال: بعتك هذا العبد بهذا الثوب وثوب آخر تلف في يدك، وقال

---

(١) سقط في د.

(٢) في د: أنها.

المشتري: إنما اشتريته بهذا الثوب لا غير.

قال القاضي الحسين في «تعليقه»: هذا ينبني على تفريق الصفقة، وقدر ما يخبر به العقد.

فإن قلنا: لا تفرق الصفقة في الانتهاء، وينفسخ العقد في القائم أيضًا.

وإن قلنا: تفرق ويأخذ القائم بجميع الثمن، فلا معنى للتحالف؛ لأنه في الأولى لا يدعى بقاء عقد في الحال حتى يرد عليه التحالف، وفي الثانية يلزمه جميع العبد في مقابلة الثوب الذي في يد المشتري، وإن قلنا: يأخذه بالحصة، فيتحالفان؛ لأنه نزاع في قدر ما يلزم تسليمه من العبد المُشْتَرَى.

قال الإمام: وهذا الذي ذكره حسنٌ سديدٌ، ولكن يتطرق الكلام إليه في شيءٍ، وهو إذا قلنا: البدل في مقابلة الباقي، فهذه الحالة لو جرت تضمنت خيار البائع، والمشتري ينكره؛ فقد أدى التنازع إلى تناكر في الخيار، وهو مستند إلى نزاع في المعقود عليه؛ فيتجه التحالف كما لو تنازعا في شرط الخيار، ثم قال: هذا نظرنا الآن، والرأي بعد ذلك مشترك بين الفقهاء.

قلت: ويتجه أن يقال: الاختلاف الذي يقتضي التحالف ما ينقص به الثمن أو يزيد، كما صرح به الأصحاب آنفًا، وذلك في أمر يقترن بالعقد أو ما في معنى الاقتران؛ إذ هو حالة المقابلة، وإذا كان كذلك فهذا الخيار المختلف فيه بعد ذلك يثبت؛ فلا يقتضي زيادة في الثمن ولا نقصانا، ويصح ما قاله القاضي، والله أعلم.

قال: «فيبدأ البائع؛ لما روى النسائي عن ابن مسعود أن النبي ﷺ - أمر البائع أن يحلف، ثم يختار المبتاع، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك[١]، ولأن جنبته أقوى بعد التحالف؛ إذ المبيع يرجع إلى ملكه، والأصل في اليمين أن يكون من طرف مَنْ جانبه أقوى، ولأن البائع يأتي بصدر العقد؛ فكان أولى بالبداية، وهذا نصه هاهنا، ويوافقه نصه في السلم أنه يبدأ بالمسلم إليه[٢]، وفي الكتابة بالسيد، ويخالفه نصه في الصداق على أنه يبدأ بالزوج، وهو في رتبة المشتري، ولأجله خرج بعض الأصحاب منه قولًا

---

(١) أخرجه النسائي (٧/ ٣٠٣) كتاب البيوع، باب: اختلاف المتبايعين في الثمن، برقم (٤٦٤٩)، وأحمد (١/ ٤٦٦)، والحاكم (٢/ ٥٥)، كتاب البيوع، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣٣٢) كتاب البيوع، باب: اختلاف المتبايعين، من حديث ابن مسعود - رضي الله عنه - مرفوعًا.

(٢) في د: فيه.

إلى هاهنا: أنه يبدأ بيمين المشتري.

ووجهه بأنه أقوى جنبة؛ لكون المبيع وقت التحالف على ملكه، وقد خرج بعضهم من نصه في كتاب «الدعاوى والبينات» على أنه إن بدأ البائع باليمين خُير المشتري، وإن بدأ بها المشتري خيرّ البائع - قولًا ثالثًا: أنهما يستويان، ووجهه أن كلًّا منهما مدعٍ ومدعًى عليه، وقد حكي أن الشيخ أبا حامد قال: «إنه الأقيس».

فعلى هذا يتخير الحاكم في البداية بأيهما، وهو ما جزم به الماوردي والمحاملي وابن الصباغ وغيرهم.

وقيل: يقرع بينهما، ورجحه الإمام، والصحيح ما قاله الشيخ، وبه جزم بعضهم، وفرق بين البائع والزوج بأن أثر التحالف في النكاح يظهر في الصداق، والزوج في رتبة بائع له، ولأن جانبه أقوى بعد التحالف؛ فإن النكاح يبقى له، فهو بمنزلة البائع، وحمل نصه في الدعاوى على حكاية مذهب الغير، وبعضهم حمله على أنَّ ذلك راجع إلى الاجتهاد؛ فإن للاجتهاد مساغًا[1] فيها، ومحل هذا الخلاف - على ما حكاه الإمام - فيما إذا باع عرضًا بثمن في الذمة.

أمَّا إذا تبادلا عرضا بعرض فلا تتجه إلاَّ التسوية.

قال الرافعي: وينبغي أن يتخرج ذلك [الخلاف][2] على أن الثمن ماذا؟ وهل هذا الخلاف في الاستحباب أو الاستحقاق؟ فيه وجهان في «الحاوي»: أظهرهما: الأول، والذي نقله الإمام: الثاني[3].

واعلم أن ما ذكرناه من تقديم البائع [أو المشتري][4] يجري في كل من حلّ محلهما من: مسلم ومسلم إليه، ومساقٍ ومساقًى، ومُقَارِضٍ ومُقَارَضٍ، ومُسْتَأْجِر

---

(١) في جـ: الاجتهاد مشاع. (٢) سقط في د.

(٣) قوله: ونص الشافعي هنا أن الحكم يبدأ بيمين البائع، وفي قول مخرج: بيمين المشتري، وفي قولٍ: أنهما يستويان.

ثم قال: وهل هذا الخلاف في الاستحباب أو الاستحقاق؟ فيه وجهان في «الحاوي»، أظهرهما: الأول، والذي نقله: الإمام الثاني. انتهى.

وما نقله عن الإمام من كون التقدم على سبيل الاستحقاق غلط؛ فإن الإمام لم يتكلم في هذه المسألة بشيء. نعم، نقل الإمام وجوب تقديم النفي على الإثبات؛ فسرى الوهم إلى المصنف بسببه، فاعلمه. [أ و].

(٤) سقط في د.

وآجِر، ومُكَاتِب ومُكَاتَب، وزوج وزوجة في صداق أو عوض خلع، وغير ذلك على ما صرح به الإمام.

قال: **فيحلف إنه ما باع بكذا، ولقد باع بكذا، ويحلف المشتري: إنه ما اشترى بكذا، ولقد اشترى بكذا**، أي: بعد أن يعرض عليه ما حلف عليه البائع فينكر؛ كما صرح به المحاملي.

والدليل على أنَّ كلًّا منهما يأتي بالنفي والإثبات: أنه مدعٍ؛ فيحتاج في إثبات ما يدعيه إلى اليمين على الإثبات، ومدعى عليه؛ فيحتاج في نفي ما ادّعاه عليه به إلى يمين النفي.

ووجه تقديم النفي على الإثبات: أن الأصل يمين المدعَى عليه، ولأجل ذلك سمعت يمين الإثبات قبل النكول؛ تبعًا لما هو الأصل.

ووجه الجمع بينهما في يمين واحدة: أن ذلك أقرب إلى فصل القضاء، وهذا هو الصحيح في الطرق، ووراءه وجوه أخر:

أحدها: أنه يكتفي بيمين النفي؛ قياسًا على سائر الخصومات، وهو مخرج من نصه فيما إذا كان في يد رَجُلَيْن دارٌ، فادّعى كل منهما [أن][1] جميعها له؛ فإنه قال: يحلف كل منهما على مجرد نفي استحقاق صاحبه ما في يده، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر، فالآخر يحلف يمينًا أخرى على الإثبات[2].

---

(١) سقط في ج.

(٢) قوله: فيحلف: إنه ما باع بكذا، ولقد باع بكذا، ووراءه وجوه أخر، أحدها: أنه يكتفي بيمين النفي؛ قياسًا على سائر الخصومات، وهو مخرج من نصه فيما إذا كان في يد رجلين دار، فادعى كل منهما أن جميعها له؛ فإنه قال: يحلف كل منهما على مجرد نفي استحقاق صاحبه ما في يده، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر فالآخر يحلف يمينًا أخرى على الإثبات. انتهى.
وما ادعاه من أن هذا هو القول المخرج من مسألة الدعاوى غلط، وإن كان وجهًا منقولًا؛ فإن الذي ذكره الأصحاب كلهم - حتى الرافعي - أن المخرج كالأول في أنه لا بد من يمين أخرى للإثبات - أيضًا - إلا أنه لا يأتي بها متصلة بيمين النفي، بل بعد حلف صاحبه على النفي، فيحلف الأول يمين النفي، ثم يحلفها الثاني، ثم يحلف الأول يمين الإثبات، ثم يحلفها - أيضا - الثاني، حتى لو حلف الأول يمين النفي، فامتنع الثاني عنها - فلا يقضى للأول حتى يحلف يمين الإثبات، ولو امتنع الأول عن النفي وحلف الثاني عليهما - قضي له. هكذا قاله الرافعي في المسألتين، على خلاف ما يقتضيه كلام المصنف، وعلله الرافعي باحتمال صدقه في نفي ما يدعيه صاحبه، وكذبه فيما يدعيه هو، وقد تفطن المصنف في «المطلب» لذلك؛ فذكره على الصواب كما ذكره غيره. [أ و].

قال ابن يونس: قال القاضي أبو الطيب: وهذا هو الصحيح.

وقد فرق القائل الأول: بأن المثبت في مسألة الدار متميز عن المنفي؛ ولهذا إذا حلفا سلم لكل واحد ما في يده، وهاهنا المثبت لا يتميز عن المنفي؛ ولهذا إذا تحالفا لا يبقى حق أحدهما في العقد الذي أثبته، وإذا لم يتميز أحدهما عن الآخر كان المدعي شيئًا واحدًا يتضمن النفي والإثبات، وهو صفة العقد؛ فجمعنا بين الأمرين كذلك.

وقد خرج الأكثرون قولًا إلى مسألة الدعوى في الدار من مسألتنا: أنه يكتفي فيها بيمين واحدة جامعة بين النفي والإثبات.

وحكى الإمام والغزالي ذلك في «الدعاوى والبينات»، وقال هاهنا: إن مسألة الدار لا خلاف فيها[1]، وليس هذا مما ينتقل فيه الجواب إلى الجانب الآخر حتى يفرض جريان القولين في الجانبين نقلًا وتخريجًا، لكن مسألة الدار متفق عليها.

واقتصر في «الوسيط» من هذا اللفظ في هذا الموضع على لفظ الاتفاق، وقد ساعدهما على ذلك أبو حامد والمحاملي.

قال الرافعي: «وهذا [هو][2] الحق؛ لأن كل واحد منهما لا يحتاج فيما في يده إلى الإثبات، واليمين على الإثبات يمين الرد، فكيف يحلف الأول يمين الرد، وصاحبه لم

---

(١) قوله: وقد خرَّج الأكثرون قولا إلى مسألة الدعوى في الدار من مسألتنا: أنه يكتفي فيها بيمين واحدة جامعة بين النفي والإثبات.
وحكى الإمام والغزالي ذلك في الدعاوى، وأثبت هنا التخريج من مسألة الدار إلى مسألتنا، وقال: إن مسألة الدار لا خلاف فيها. انتهى.
واعلم أن التخريج من مسألة الدار إلى مسألتنا أشهر من عكسه، ودليله ما حكاه المصنف هنا عن الإمام والغزالي، والأصح: القطع في مسألتنا بالمنصوص كما قاله الرافعي، وطريقة التخريج ضعيفة عند الأصحاب؛ فإذا كانت طريقة التخريج في مسألتنا ضعيفة عند الأصحاب، مع أن الخلاف فيها أشهر من عكسه - فكيف يستقيم مع هذا أن يكون الأكثرون قائلين بالتخريج في عكسه؟! و الذي أوقع المصنف في هذا: أن الرافعي قال: إذا فرعنا على التخريج من مسألة الدار إلى مسألتنا فهل يخرج من مسألتنا إلى مسألة الدار؟ قال كثيرون: نعم، والحق خلافه. فذهل المصنف عن التفريع، وسبق وهمه من «الكثيرين» إلى «الأكثرين»، وقد ذكر الرافعي ذلك في كتاب الدعاوى، وعبر بما هو أوضح من تعبيره هنا، فقال: والطريق الثاني: أنهما غير مُقَرَّيْنِ بحالهما، ولكن يخرج من نصه في هذه المسألة قول في التحالف، وفي التخريج من التحالف اختلاف لأصحاب الطريقة الثانية. [أ و].

(٢) سقط في د.

ينكل بعد؟ وكيف يحلفها الثاني، وقد حلف صاحبه؟.

[الثاني][(١)]: ذهب أبو سعيد الإصطخري إلى تقديم الإثبات[(٢)] على النفي[(٣)]؛ [قياسًا على اللعان][(٤)].

قال أصحابنا: وليس بشيءٍ؛ لأن اللعان لا نفي فيه؛ فإنه لا فرق بين أن يقول: إنه لمن الصادقين، وبين أن يقول: ليس من الكاذبين؛ فإنه مثبت للصدق في الحالين.

[ومحل خلاف الإصطخري إذا اكتفينا بيمين واحدة جامعة بين النفي والإثبات، أمَّا إذا قلنا: لا بد من يمينين، قال الماوردي: لا خلاف بينهم أنه يبدأ في اليمين الأولى بالنفي.

وفي «الشامل» إعادة خلاف الإصطخري على القولين، وكذلك في «مجموع» المحاملي][(٥)].

والثالث - حكاه في «الإشراف» عن أبي الحسين بن القطان-: أنه لا ترتيب بين النفي والإثبات، فإن بدأ أحدهما بالنفي، حلف الثاني على الإثبات؛ ليكون ضده، وإن بدأ بالإثبات، حلف الثاني على النفي؛ ليكون ضده.

الرابع: نقل القاضي أبو حامد في «جامعه»: أن من أصحابنا من قال: يحلف كل منهما يمينين، فيقول البائع: والله ما بعت بكذا، ويقول المشتري: والله ما اشتريت بكذا، ثم يقول البائع: والله لقد بعته بكذا، ويقول المشترى: والله قد اشتريته بكذا[(٦)]. قال: وهو الأقيس، وبه أجاب في «المرشد».

وقال القاضي أبو الطيب في «تعليقه» عقيب هذا: اليمينان أصح عندي؛ لأن المنفي غير المثبت، وقد تقدم ما يمنع ذلك.

وعلى هذا القول قال الماوردي: لا يعرض الحاكم على المشتري قبول العقد بما

---

(١) سقط في د. (٢) زاد في د: واليمين على. (٣) في د: الإثبات.

(٤) سقط في د. (٥) سقط في د.

(٦) قوله - في المسألة-: والرابع: نقل القاضي أبو حامد في «جامعه»: أن من أصحابنا من قال: يحلف كل منهما يمينين، فيقول البائع: والله ما بعت بكذا، ويقول المشتري: والله ما اشتريت بكذا، ثم يقول البائع: والله لقد بعته بكذا، ويقول المشتري: والله لقد اشتريته بكذا. انتهى.
هذا قد تقدم الكلام عليه، وأنه هو القول المخرج، وحينئذ فنتحصل فيما سبق على ثلاثة أوجه فقط، لا على أربعة. [أ و].

حلف عليه البائع يمين النفي، وإنما يعرض عليه ذلك بعد أن يحلف البائع يمين الإثبات.

ثم هذا التصوير مفرع على القول بأنّ البداية بالبائع، أمَّا إذا قلنا: البداية بالمشتري، فتنعكس الحال.

ولو قيل: يبدأ بنفي من ادّعى عليه الزيادة من بائع أو مشترٍ؛ لأنه الأصل - لكان أولى، وفحوى كلام الأصحاب يدل على أن الاختلاف السابق فيمن يبدأ به إذا كان الاختلاف في غير المبيع.

والخامس - عكس الرابع من جهة الاختصار-: أن البائع يقول: والله ما بعت إلاَّ بكذا، ويقول المشتري: والله ما اشتريت إلا بكذا.

التفريع:

إذا اكتفينا بيمين واحدة جامعة بين النفي والإثبات، فإذا حلف أحدهما، ونكل الآخر عن النفي و[1] الإثبات - قضى للحالف.

وإن قلنا: يحلف كل واحد يمينين، فإذا حلف الأول على النفي ونكل الثاني عنه، عرضت على الأول يمين الإثبات، [فإن حلف قضى له، وإن نكل لم يقض له؛ لاحتمال صدقه في نفي ما يدعيه صاحبه، وكذبه فيما يدعيه.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه كما لو تحالفا[2].

ولو نكل الأول عن يمين النفي حلف الثاني يمين النفي والإثبات][3] وقضى له.

ولو حلفا على النفي فوجهان:

---

(١) في جـ: أو.

(٢) قوله: وإن قلنا: يحلف كل واحد يمينين، فإذا حلف الأول على النفي، ونكل الثاني عنه - عرضت على الأول يمين الإثبات، فإن حلف قضي له، وإن نكل لم يقضَ له؛ لاحتمال صدقه في نفي ما يدعيه صاحبه، وكذبه فيما يدعيه.
وعن الشيخ أبي محمد: أنه كما لو تحالفا. انتهى كلامه.
ومقتضاه: أن ما قاله الشيخ أبو محمد وجه آخر مخالف لما تقدم، وليس كذلك؛ بل هو تفريع على عدم القضاء له؛ ولهذا عبر الرافعي بقوله ثَمَّ: عن الشيخ أبي محمد: أنه كما لو تحالفا؛ لأن نكول المردود عليه عن يمين الرد نازل في الدعاوى منزلة حلف الناكل أولًا. هذا لفظه، فتوهم المصنف أنها مقالة أخرى. [أ و].

(٣) سقط في د.

أصحهما - وبه قال الشيخ أبو محمد-: أنه يكفي ذلك، ولا حاجة بعده إلى يمين الإثبات؛ لأن المحوج إلى الفسخ جهالة الثمن[(١)]، وقد حصلت، وهذا يظهر أنه عين القول المخرج[(٢)]، من مسألة الدار، إلاَّ أن يقال: إنه لا ينفسخ العقد على ذلك [القول][(٣)]، ويكون كما إذا قال: بعتك هذا العبد، فقال: بل هذه الجارية؛ فحينئذ يكون غيره.

والثاني: يعرض يمين الإثبات عليهما، فإن حلفا تم التحالف، وإن نكل أحدهما قضى للحالف - وهذا ما حكاه ابن الصباغ - ولو نكلا جميعًا فوجهان:

أحدهما: أن ذلك بمنزلة حلفهما.

والثاني: يوقف الأمر.

وأبدى الإمام إشكالًا فيما إذا حلفا يمين النفي، وحلف الأول يمين الإثبات، ونكل عنها الآخر من حيث إن يمين الإثبات من الأول عارضتها يمين النفي من الثاني فكيف يقضي بها؟

وأجيب عنه بأنهما صارا كاليمين الواحدة، والنكول عن بعض اليمين بمنزلة النكول عن جميعها؛ فلا معارضة.

فرع: لو كان المبيع جارية، ووقع الاختلاف في ثمنها، فهل يحل للمشتري وطؤها قبل التحالف؟ فيه وجهان، ولو جرى التحالف، وأراد الوطء قبل الفسخ فوجهان مرتبان، وأولى بالتحريم.

قال: «فإذا حلفا لم ينفسخ العقد حتى يفسخ على المنصوص، أي: في الكتب الجديدة، والقديمة على ما حكاه القاضي أبو حامد، وهو الصحيح؛ لأن كلًّا منهما يقصد بيمينه إثبات الملك؛ فلم يجز أن تكون موجبة لفسخ الملك؛ لأنهما ضدان، ولأن البينة أقوى من اليمين.

---

(١) في د: اليمين.

(٢) قوله: ولو حلفا على النفي فوجهان، أصحهما - وبه قال الشيخ أبو محمد-: أنه يكفي ذلك، ولا حاجة بعده إلى يمين الإثبات؛ لأن المحوج إلى الفسخ جهالة الثمن، وقد حصلت، وهذا يظهر أنه عين القول المخرج... إلى آخر ما قال.
وهذا الذي قاله عجيب - أيضا - فإن هذا تفريع على أنه يحلف يمينين كما ذكره، والذي ذكره أولا وادعى أنه المخرج إنما هو الاكتفاء بيمين النفي. [أ و].

(٣) سقط في د.

ولو أقام كل منهما بينة على ما يقوله لا ينفسخ العقد؛ فباليمين أولى [ألاَّ ينفسخ][١]، ولأن العقد وقع صحيحًا باتفاقهما؛ فلا ينفسخ إلاَّ بالفسخ، قياسًا على سائر العقود.

قال: «**فإن رضيا بأحد اليمينين**[٢] - أي: على البدل بأن يقنع البائع بما قاله المشتري، أو المشتري بما قاله البائع - «**أقر العقد**»؛ لأن الآخر مقرٌّ بوقوع البيع كذلك، فيجبر عليه إن لم يرض بعد».

قال: «**وإن لم يرضيا فسخا**» - أي: بأنفسهما - من غير احتياج إلى إذن الحاكم [فيه][٣]، بعد جريان التحالف عنده؛ إذ هو شرطه؛ لأنه فسخ لاستدراك الظلامة في المبيع، فأشبه الرد بالعيب، وهذا هو الأظهر في الرافعي، والأقيس في «الوسيط» - وقال -: إذ قطعوا بأن البائع يفسخ بإفلاس المشتري، والمرأة تفسخ بإعسار الزوج بالنفقة.

وفي «الشامل»: «أن هذا لا يصح؛ لأنا لا نعلم أيّهما يستدرك ظلامته؛ لأن أحدهما ظالم» وهذا منه يدل على أنه لا يشترط على هذا الوجه أن يتوافقا على [هذا] الفسخ، بل أيهما فسخ كفى، كما صرح به البندنيجي، فيكون قول الشيخ «فسخًا» - [أي]: على البدل، وقد وافق الشاشيُّ ابن الصباغ على تضعيف هذا الوجه في «الحلية»، وحمله على حالة اجتماعهما على الفسخ، وكذلك صاحب «الإشراف»، وأورد على نفسه أن الفسخ الواقع منهما لا يختص بحالة التحالف؛ فإنهما لو تقايلا أو الحالة هذه جاز التقايل، ثم أجاب بأن معناه: أن القاضي لا يدعهما يتنازعان ويتبايعان[٤] الحق، بل يقول لهما: إمَّا أن ترضيا بأحد اليمينين، وإمَّا أن أحملكما على الفسخ بالإجبار، ونظيره المُولِي إذا امتنع عن الفيئة أجبره القاضي على الطلاق.

قال: «**وقيل: لا ينفسخ إلا بالحاكم**»؛ لأنه فسخٌ مجتهد فيه، فافتقر إلى الحاكم[٥] كالفسخ بالعنّة والإعسار[٦].

---

(١) سقط في د.
(٢) في التنبيه: الثمنين.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: ويتبعان.
(٥) زاد في جـ: في.
(٦) قوله: وقيل: لا ينفسخ إلا بالحاكم؛ لأنه فسخ مجتهد فيه فافتقر إلى الحاكم؛ كالفسخ بالعنة والإعسار. انتهى.

=

وهذا ما حكاه القاضي أبو الطيب، وميل ابن الصباغ إلى ترجيحه، وبه أجاب في «المرشد»، ثم ظاهر كلام الأئمة هاهنا: أن القاضي يتعاطى الفسخ بنفسه.

ويؤيده أن صاحب «الإشراف» قال: إن هذا قول من قال: إن القاضي يُطَلِّق على المُولِي. ويظهر أن يكون الأمر على هذا القول كما قاله الأصحاب في الفسخ بعيوب النكاح: أنّ للمرأة أن تفسخ بإذن الحاكم، أو يفسخ الحاكم بنفسه، والخيرة إليه على ما حكاه ابن الصباغ، وأن الخيرة إلى المرأة بعد الرفع إلى الحاكم بين أن تفسخ بنفسها وبين أن يفسخ بإذنها؛ كما قال القفال.

ويؤيده: أنهم قاسوا هذا القول على ما ذكرناه، لكن في «الوسيط»: [أنهم قطعوا بأن القاضي هو الذي يفسخ بعذر العنة، وإن كان المحكي في «الوسيط»][(١)] في أحكام العنة موافقًا لما ذكرناه، فإنه قال: إذا قضى القاضي بالعنة فسخت كما في الجب وسائر العيوب.

وفيه وجه: أن القاضي هو الذي يتعاطى الفسخ [انتهى][(٢)].

ثم على هذا القول، لا يتوقف فسخ القاضي على طلبهما الفسخ.

قال في «الإشراف»: وقد غلط من ظن من أصحابنا أن الفسخ من القاضي يقف على طلب المتبايعين الفسخ، أو طلب أحدهما؛ لأن القاضي لا يتركهما يتماديان في الخصومة، كما في مسألة الشقاق.

وفي المسألة قولٌ مقابل للمنصوص: أن العقد ينفسخ بنفس التحالف، وهو قول المزني في «المنثور» كما حكاه في «الإشراف».

ووجهه: ما روى أنه - عليه السلام - قال: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا»[(٣)]. وبالقياس على فسخ النكاح؛ باللعان، فإنه ينفسخ به، فعلى هذا: لو رضيا

= وما جزم به من كون الفسخ بالعنة لا ينفذ إلا من الحاكم قد ناقضه في موضعه - وهو باب الخيار في النكاح - فقال: وفي استقلالها بالفسخ وجهان، أقربهما - وذكر في «التتمة» أنه المذهب-: الاستقلال؛ كما يستقل بفسخ المبيع بالعيب، والثاني - وهو مذهب العراقيين-: أن الفسخ إلى الحاكم. هذا كلامه. [أ و].

(١) سقط في د. (٢) سقط في د.

(٣) ذكره الحافظ في تلخيص الحبير (٣/ ٧٤) وقال: أما في رواية التحالف فاعترف الرافعي في التذنيب أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث. وإنما توجد في كتب الفقه، وكأنه عنى =

بأحد الثمنين لم يقر العقد، واحتاجا إلى عقد جديد، وهل هذا الفسخ يرفع العقد من أصله أو من حينه؟ فيه وجهان، أَوْلاَهُمَا: الثاني وهو ما جزم به القاضي الحسين في التعليق، ونفى سواه، ويحكى الأول عن أبي بكر الفارسي، وعليه ينبني رد الزوائد والفوائد، وبنى عليه أيضًا الشيخ أبو علي تتبع التصرفات بالنقض[(١)]، وهو بعيد، ثم على قول الفسخ أو الانفساخ لا شك في النفوذ ظاهرًا، وهل ينفذ باطنًا؟

حكى [الماوردي وغيره من][(٢)] العراقيين فيه ثلاثة أوجه.

ثالثها: إن كان البائع صادقًا فنعم؛ لتعذر وصوله إلى حقه، كما لو فسخ بالإفلاس، وإن كان كاذبًا فلا، لتمكنه من الوصول إلى ما ثبت له. واختار ابن أبي عصرون في «المرشد» عدم الانفساخ.

وهذه الوجوه تنتظم من طريقين حكاهما الإمام فيما إذا قلنا: لا ينفسخ بنفسه، وجزم بانفساخه باطنًا إذا قلنا بقول الانفساخ، وكذلك هو موجود في «تعليق» القاضي الحسين أيضًا.

وقال المحاملي [في][(٣)] هذه الوجوه: «ترجع إلى وجهين؛ لأن البائع لا بد أن يكون ظالمًا أو مظلومًا»، وسلك الغزالي طريقًا آخر فقال: فوضنا[(٤)] الأمر إلى القاضي، فالظاهر أنه ينفسخ في الباطن، وإن جوزناه للمتعاقدين، فإن تطابقا على الفسخ انفسخ باطنًا؛ كما لو تقايلا، وإن أقدم عليه من هو صادق فكمثل، وإن بادر الكاذب فلا ينفسخ، فطريق الصادق أن ينشأ الفسخ إن أراد.

وتظهر ثمرة الاختلاف[(٥)] في جواز تصرف البائع في المبيع بعد عوده إليه؛ فإنه لا

= الغزالي فإنه ذكرها في الوسيط، وهو تبع إمامه في الأساليب، وأما رواية التراد فرواها مالك بلاغًا عن ابن مسعود ورواها أحمد والترمذي، وابن ماجه بإسناد منقطع وقال الطبرانى في الكبير: نا محمد بن هشام المستملي، نا عبد الرحمن بن صالح، نا فضيل بن عياض، نا منصور، عن إبراهيم، عن علقمة عن عبد الله مرفوعًا «البيعان إذا اختلفا في البيع ترادا». رواته ثقات، لكن اختلف في عبد الرحمن بن صالح وما أظنه حفظه، فقد جزم الشافعي: أن طرق هذا الحديث عن ابن مسعود ليس فيها شيء موصول، وذكره الدارقطني في علله فلم يعرج على هذه الطريق، وله طريق أخرى عند أبي داود.

(١) في جـ: بالقبض.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: فرضًا.
(٥) في د: الخلاف.

نزاع في أنه يعود إليه، فإن قلنا: إنه ينفسخ في الباطن [حلّ له وطء الجارية المبيعة، والتصرف في المبيع كيف شاء، وإن قلنا: لا ينفسخ في الباطن][1]، فلا، نعم، إن كان مظلومًا كان بمنزلة من كان له على شخص دين، وظفر بغير جنس حقه.

فرع: لو قال البائع: لم أعلم كوني كاذبًا ولا صادقًا، حلّ له أن يمسك المبيع؛ بناءً على أن الظاهر أنه لا يكذب، قاله القاضي الحسين.

فرع آخر: إذا انفسخ العقد بالتحالف، وكانت العين المبيعة تالفة - وجب مثلها إن كانت من ذوات الأمثال.

وفي «الحاوي»: أن الأصح من الوجهين أنه يرد قيمتها؛ لأنه لم يضمنها وقت العقد بالمثل، وإنما ضمنها بالعوض، بخلاف الغصب، وإن كانت من ذوات القيم ضمن قيمتها، سواء كانت قدر الثمن أو أقل أو أكثر.

وقال ابن خيران: «لا يستحق ما زاد على الثمن الذي يدعيه». صرح به في «الحلية»، وهو نازع إلى أن الفسخ لا ينفذ في الباطن، وأي قيمة تعتبر فيه؟ أربعة أوجه:

أصحها عند الغزالي: قيمة يوم التلف؛ لأن مورد الفسخ العين [لو بقيت،][2] والقيمة خَلَفٌ عنها.

والثاني: أقصى القيم من وقت القبض إلى وقت التلف؛ لأن يده يد ضمان، فتعتبر أقصى القيم، وهما الموجودان في طريقة العراق، وفي «التهذيب».

والثالث: قيمة وقت القبض؛ لأنه وقت الدخول في الضمان، وما حصل من زيادة أو نقصان؛ فهو في ملكه.

والرابع: أقل قِيَمِهِ من وقت العقد إلى وقت القبض؛ لأنها إن كانت يوم القبض أقل فالنقص حصل في يد البائع؛ فلا يغرمه المشتري، وإن كانت القيمة يوم العقد أقل فالزيادة حصلت في ملكه، وهذا ما حكاه القاضي الحسين في «تعليقه»، وقال الإمام: «إنه أضعفها».

قال الشيخ أبو علي: هذا الخلاف ناظر إلى أن العقد يرتفع من أصله أو من حينه؟ إن قلنا بالأول لزمه أقصى القيم، وإن قلنا بالثاني اعتبرنا قيمته يوم التلف.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.

وقال المتولي: إن قلنا بالأول فهو كالمستام، أي: فتأتي فيه الأقوال الثلاثة التي ذكرناها في ضمان البيع الفاسد، وإن قلنا بالثاني فيجيء الوجه الذي حكيناه عن القاضي الحسين.

ومحل هذا الخلاف [ما حكاه في «الإشراف»](١): إذا قلنا: إن الفسخ يقع في الباطن.

ولو كانت العين المبيعة باقية بحالها لم يتعلق بها حقّ ثالث، ردّها، وكذا لو كانت زائدة، وإن كانت ناقصة ردّها مع الأرش، وهو قدر ما نقص من القيمة.

قال الشيخ أبو علي: وهذا أصل مطّرد في المسائل: أن كل موضع لو تلف الكل كان مضمونًا على الشخص بالقيمة، فإذا تلف البعض كان مضمونًا عليه ببعض القيمة [الأولى]، إلا في تعيُّب الزكاة المعجلة في يد الفقير؛ فإنها لو تلفت ثم تلف المال، رجع عليه بقيمتها، ولو كانت قد تعيبت ففي الرجوع عليه بالأرش وجهان، وكذلك حكاه الإمام، وادعى انعكاسه بأن كل من لا يضمن القيمة إذا تلفت العين في يده، لا يضمن الجزء إذا تلف، كالبائع يتعيب المبيع في يده قبل القبض.

قلت: وهذا الأصل يستثنى منه مسائل، منها: المسألة التي نحن فيها؛ فإن الإمام حكى في آخر «النهاية» عن الشيخ أبي علي أنه تشبث بإجراء الخلاف فيها بعد أن قال: إن صاحب الوجه بعدم الرجوع بالأرش [إن طرده فيها](٢) كان قريبًا من خرق الإجماع.

ومنها: لو تعيب الصداق في يد الزوجة قبل الطلاق، وعاد الشطر إليه، لم تغرم الزوجة الأرش، إذا اختار الزوج الرجوع إلى الشطر، ولو تلف لغرمت نصف القيمة على ما حكاه الغزالي.

ومنها: لو ردّ المبيع بعيب، فوجد الثمن قد تعيب في يد البائع - كان المشتري مخيّرًا بين أن يقنع به ولا أرش له، وبين أن يأخذ القيمة على أحد الوجهين، كما حكيناه من قبل.

ومنها: اللقطة إذا حضر مالكها، وقد تعيبت في يد الملتقط، فإنه يجري فيها مثل هذا الخلاف، مع أن ذلك لو تلف لرجع بالقيمة.

(١) سقط في د.		(٢) سقط في د.

ومنها: القرض إذا تعيب في يد المقترض، ثم رجع المقرض فإنه مخيرٌ: إن شاء رجع فيه ناقصًا ولا أرش له، وإن شاء رجع بمثله إن كان من ذوات الأمثال، كما حكاه الماوردي، ولم يحك سواه، وحكى فيما إذا كان الواجب رد القيمة خلاف ذلك.

ويقرب مما ذكرناه مما حكاه الغزالي عن نصّ الشافعي فيما إذا تعيبت العين المغصوبة في يد المشتري من الغاصب، وغرم أرشها: أنه يرجع بالأرش على الغاصب، ولو تلفت العين، وغرم قيمتها لم يرجع بها، والله أعلم.

وعتق المبيع، ووقفه، وبيعه وهبته مع القبض كتلفه، وتزويج الجارية [والعبد][١] عيبٌ حادث، وكذا إباق العبد، ولا يمتنع بسببه الفسخ؛ فإنه لا يزيد على التلف، ويغرم المشتري قيمته؛ لتعذر الوصول إليه، لكن الفسخ يرد على القيمة حتى يبقى العبد ملكًا للمشتري لو عاد، أو على عين العبد، وما يؤخذ للحيلولة، حتى يجب ردّه بعد العود؟ فيه وجهان.

أصحهما: الثاني.

والكتابة الصحيحة حكمها حكم الإباق فيما ذكرناه، وفيها طريقة قاطعة [للشيخ أبي محمد][٢]، ببقاء الملك فيه للمشتري، ولو رهن المبيع، [قال الرافعيُّ:][٣] «يخير البائع بين أخذ القيمة والصبر إلى [انفكاك الرهن][٤]، فإن أخذ القيمة كان فيما يرد عليه الفسخ الطريقان في المكاتب.

وأيّد الإمام طريقة شيخه بأن الرهن إذا لم ينفك تعين أن يبقى مملوكًا حال نفوذ الفسخ.

[وإذا بقي مملوكًا حال نفوذ الفسخ فيستحيل أن يتغير هذا بعد الفسخ][٥].

قلت: وما قاله الرافعيّ من أن البائع يتخير فيه نظر؛ فإن الغزالي حكى فيما إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول، وكان الصداق مرهونًا، [لو قال الزوج][٦]: «أنتظر الفكاك

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: الانفكاك.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.

للرجوع»؛ فلها إجباره على قبول القيمة خِيفةً من غرر الضمان، إن قلنا: إن الصداق مضمون في يدها، وإن قلنا: لا ضمان، أو بدأها عن الضمان حيث صححنا الإبراء عما لم يجب، فهل تلزمه الإجابة؟ فيه وجهان.

ومنشأ هذا الخلاف[١] أنه وعد وربما يبدو له المطالبة بالقيمة، وتخلو يدها في ذلك الوقت عن النقدِ، وما ذكره من المعنى موجود في مسألتنا[٢]، وقد حكى ذلك المتولي. نعم، لو لم تتفق المطالبة حتى انفك الرهن تفريعًا على عدم الإجبار، فهل يتعلق حقه بالعين أو القيمة؟ يتجه جريان الطريقين فيه، كما أجرى الغزالي الخلاف في نظيره في الصداق، وقد أشار الإمام إلى أنّا إن قلنا: إن الفسخ يرد على العين، كان له ذلك، وإن قلنا: يرد على القيمة، كان حكمه كما في الإجبار على قبض الدين الحال.

وفي «الحاوي»: أن البائع: هل له أن يأخذ المشتري بفكاك الرهن قبل محله؟ فيه وجهان، كمن أذن لغيره في رهن عبده، فإن بيع في الدين رجع بالقيمة.

ولو أجر المبيع، فالرجوع ينبني على جواز بيع المستأجر: فإن منعناه كان كالمرهون، وإن جوزناه فللبائع أخذه، ولكنه يترك عند المستأجر إلى انقضاء المدة، والأجرة المسماة للمشتري، وعليه للبائع أجرة مثل المدة الباقية.

وهل الفسخ على قول منع الرجوع ملحق بالفسخ الوارد على المكاتب أو الآبق؛ لأن حق المستأجر لا يتعلق بمورد البيع والفسخ، وهو الرقبة؟ فيه احتمالان للإمام.

قال: وإن اختلفا في [عين][٣] **المبيع، فقال البائع: بعتك هذه الجارية** - أي:

---

(١) في د: كان للبائع.

(٢) قوله: ولو رهن المبيع، ثم تحالفا - قال الرافعي: يخير البائع بين أخذ القيمة والصبر إلى انفكاك الرهن، فإن أخذ القيمة كانت للحيلولة على الأصح.
قلت: وما قاله الرافعي من أن البائع يتخير فيه نظر؛ فإن الغزالي حكى فيما إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول، وكان الصداق مرهونا: لو قال الزوج: أنتظر الفكاك للرجوع، فلها إجباره على قبول القيمة؛ خيفة من غرر الضمان إن قلنا: إن الصداق مضمون في يدها، وإن قلنا: لا ضمان، فهل يلزمه إجابتها؟ فيه وجهان. ومنشأ هذا: أنه قد يبدو له المطالبة بالقيمة، وتخلو يدها في ذلك الوقت عن النقد. وما ذكره من المعنى موجود في مسألتنا. انتهى ملخصًا.
وما حاوله من التسوية بين المسألتين قد أجاب عنه في «شرح الوسيط» بأن القيمة إذا أخذت كانت عين الحق، وهنا إذا أخذت لا تكون عين الحق؛ بل للحيلولة على الأصح كما تقدم. [أ و].

(٣) سقط في د.

بألف في ذمتك - وقال المشتري: بل بعتني هذا العبد - أي: بالألف - لم يتحالفا؛ لأن ما في الذمة لا يتعين إلاَّ بالقبض، ولم يتفقا على مبيع معين، فقدمت قاعدة التحالف، وهي أن يتفقا على بيع ومبيع معين، وهذا ما حكاه الشيخ أبو حامد والمحاملي والبندنيجي، واختاره الإمام[(١)].

قال: «بل يحلف البائع: إنه ما باعه العبد، ويحلف المشتري: إنه ما ابتاع الجارية، كما تقدم في سائر الخصومات.

وحكى القاضي أبو الطيب أن التحالف يجري في هذه الصورة أيضًا، واختاره ابن الصباغ، واستدل له [القاضي][(٢)] بأن ابن الحداد قال: إذا اختلف الزوجان فقال: مهرتك أباك، وقالت: بل مهرتني أمي - تحالفا[(٣)]: وكذلك إذا قال: مهرتك أباك ونصف أمك وقالت: بل أبي وأمي، ولم يختلف أصحابنا في ذلك، وذلك يسقط ما قاله أبو حامد.

قلت: ليس هذا [نظير المسألة التي خالف فيها الشيخ أبو حامد؛ لأن المختلف

---

(١) قوله: وإن اختلفا في المبيع، فقال البائع: بعتك هذه الجارية بألف في ذمتك، وقال المشتري: بل بعتني هذا العبد بها - فالذي حكاه الشيخ أبو حامد والمحاملي والبندنيجي: أنهما لا يتحالفان، واختاره الإمام والبغوي. انتهى.
وما حكاه عن الإمام من اختيار المنع ليس الأمر فيه كما قال؛ بل حاصل كلامه: الجواز؛ فإنه خرج الخلاف في هذه المسألة على الخلاف فيما إذا أقر لإنسان بألف من ثمن مبيع، فقال: بل عن قرض - هل يملك المطالبة أم لا؟ فإن قلنا: إنه يملك المطالبة به، صار كالمعين؛ فإنه لو وقع مثل ذلك في العين ملك المطالبة بها وجهًا واحدا، وإن قلنا: لا يملك المطالبة به، فلا تحالف. ثم إن الإمام صحح اللزوم في مسألة الإقرار كما ذكره في موضعه؛ فاقتضى أن الصحيح التحالف، والغريب: أن المصنف مع ذكره لما ذكره أولا عن الإمام من اختيار المنع، قد نقل هذا التخريج بعد ذلك، ولكن السبب فيه: أن الرافعي قد وقع له - أيضا - نقل اختيار ذلك عن الإمام، فقلده فيه المصنف؛ ولهذا عبر بعبارة الرافعي، ثم بعد ذلك نظر في كلامه فأخذ التخريج منه. [أ و].

(٢) سقط في د.

(٣) قوله في المسألة: وحكى القاضي أبو الطيب أن التحالف يجري في هذه الصورة - أيضا واختاره ابن الصباغ، واستدل له القاضي بأن ابن الحداد قال: إذا اختلف الزوجان، فقال: مهرتك أباك، فقالت: بل مهرتني أمي تحالفا. انتهى.
وهذا التعبير الذي ذكره يقتضي عادةً أن ابن الصباغ لم يستدل بما استدل به القاضي؛ لأنه نقل عنهما معا القول بالتحالف، وأفرد القاضي بهذا الاستدلال، ولم يقل: واستدلا؛ فدل على ما قلناه، وليس كذلك؛ بل الاستدلال وقع منهما - أيضا - فاعلمه. [أ و].

فيه في مسألتي ابن الحداد أخذ العوضين، والعوض الآخر معين؛ فهو نظير ما إذا قال: [بعتك هذا العبد بهذا الألف، فقال: بل [بعتني هذه الجارية] [١] بالألف المشار إليه؛ فإنهما يتحالفان، كما حكيناه، وفي مسألتنا كل من العوضين غير متعين: أمَّا البيع فلم يتفقا عليه، وأمَّا الألف الذي في الذمة، فغير متعين إلا بالقبض؛ فإن الذمة قابلة لآلاف، وبذلك يظهر اندفاع ما أبداه القاضي.

وخرج الإمام الخلاف في المسألة على الخلاف فيما إذا أقر إنسانٌ لإنسانٍ بألف من ثمن مبيع، فقال: بل عن قرض، في أنه هل يملك المطالبة به؟

فإن قلنا: إنه يملك المطالبة به، صار كالمعين؛ فإنه لو قيل مثل ذلك في العين ملك المطالبة بها وجهًا واحدًا.

وإن قلنا: لا يملك المطالبة بها، فلا تحالف، ويبقى العبد في يد البائع، يتصرف فيه، وأمَّا الجارية فينظر:

إن كانت في يد المشتري، فلا يجوز للبائع المطالبة بها؛ لأنه لا يدعيها.

قال في «المرشد»: إلاَّ أن يكون البائع لم يقر بقبض الثمن، فله المطالبة بها.

وإن كانت في يد البائع، فلا يجوز له التصرف فيها؛ لأنه معترفٌ بأنها للمشتري، [و] [٢] لكن ثمنها في ذمته، فيتلطف القاضي به، ويقول له: «قل [٣]: فسخت البيع إن كنت شريتها»، ويقول للبائع: «[قل] [٤]: قد قبلت الفسخ».

كما نصّ عليه الشافعيُّ، ويكفي ذلك.

قال في «الإشراف»: وفي هذا النص إشكالٌ؛ لأن الفسخ معلق بالصفة، وتعليق الفسخ بالصفة لا يجوز، إلا أن الجواب عن هذا أن يقال: الفسخ معلق بصفة هي من ضرورة الفسخ؛ لأن الفسخ إنما يصح بعد الشراء فلا يضر هذا التعليق؛ كما لو قال: بعتك هذا إن شئت؛ فإن البيع ينعقد على أصح الوجهين؛ لأن المشيئة من ضرورة البيع، وقد حكى الغزالي في «الوكالة» فيما إذا اختلف الوكيل والموكل في الثمن المأذون في الشراء به أن الموكل لو قال للوكيل: إن كنت أذنت لك في الشراء

---

(١) في د: بعتنيه مع هذا العبد الآخر.
(٢) سقط في د.
(٣) في ج: قد.
(٤) سقط في ج.

بكذا فقد بعتكه بكذا وجهين في الصحة، وأصحهما: الصحة، ويتجه جريان مثلهما هاهنا.

ولو أبي المشتري أن يقول ذلك قال الشافعيُّ: «فإن ذهب ذاهب إلى أنه يصير ملكًا للبائع بالجحود والحلف كان مذهبًا»، وحكاه صاحب «الإشراف»، قولًا ولم يحك الجيلي سواه، ونفى غيره. وكان يتجه أن يجيء وجه آخر: أنه يحتاج إلى إنشاء الفسخ، ويجعل تعذر الثمن بهذا السبب كالتعذر بالفلس، كما سيأتي مثله في المسألة التالية لهذه.

وفي الرافعي: أنه لا يتعلق بثمنيهما فسخ ولا انفساخ، فعلى هذا يكون بمنزلة[1] الظفر بغير جنس الحق، ويظهر تأكد قول الجواز هنا، بل القطع به؛ لأن مَنْ له الجارية لا يدعيها لنفسه، بخلاف ما إذا ظفر بغير جنس حقه، وهذا مادة ما قاله أبو إسحاق في مسألة إنكار الموكل الإذن في الشراء بقدر معلوم، وقد اشترى الوكيل به؛ فإنه صار إلى ذلك فيه، ولو أقام البائع بينةً على ذلك قضى على المشتري بالثمن، وهل يجبر على قبض الجارية؟ فيه وجهان، وإن قلنا: لا يجبر؛ قبضها الحاكم، وحفظها إلى أن يتكشف الحال، وله بيعها واستكسابها لأجل النفقة إذا رأى المصلحة في ذلك.

قال: «وإن قال: بعتك هذه الجارية - أي: بألف - وقال: بل زوجتنيها، حلف كل واحد منهما على نفي ما يدعى عليه» - أي: لا غير - لما تقدم، واستدل صاحب «التقريب» وقال: «من يدعي أنه باع، فهو يطالب بالثمن؛ فله التحليف على نفي الشراء، أمَّا من يدعي التزويج على الآخر، وهو قد قال: بعت، فقد أنكر ملك نفسه في الجارية، فلو أقرَّ لكان لا يقبل إقراره، فأي فائدة في تحليفه؟!» ثم قال: «إلاَّ أن ينبني على أن يمين الرد كالبينة؛ ففائدته النكول».

قال الغزالي: واستدراكه على وجهه.

وعلى الأول: إذا حلفا، رجعت الجارية إلى سيدها إن لم يكن قد استولدها، وعلى أي وجه ترجع؟ فيه وجهان:

---

(١) في جـ: على منزلة.

أحدهما: أن ذلك بمنزلة الرجوع بسبب تعذر استيفاء الثمن[١] بالفلس؛ فيحل له وطؤها، وسائر التصرفات فيها.

والثاني: ترجع إليه رجوع مال من عليه دين ولا يقضيه.

وعلى كلا الوجهين: لا مهر للسيد إن كان قد وطئها المشتري، ولو أحبلها فالسيد معترف بأنها أم ولد للواطئ، وأن ولده حرٌّ؛ فيلزمه حكم إقراره، وهل يرجع على الواطئ بأقل الأمرين من الثمن وصداقها، أو لا يرجع بشيء؟ فيه وجهان في «التتمة» وغيرها.

وهل يحل لمن ادعى الزوجية وطؤها؟

قال الغزالي: ينظر: إن كان صادقًا حلّ له باطنًا، وفي الظاهر وجهان:

وجه المنع: الاختلاف في الجهة.

ومنهم من شبهه بمن اشترى زوجته بشرط الخيار، وقد قال الشافعيّ: لا يطؤها في مدة الخيار؛ فإنه لا يدري أيطأ زوجته أو مملوكته، مع أنه كيفما كان فهو حلال.

قلت: التعليل باختلاف الجهة لا يحسن؛ فإنه إنما يجري فيما في الذمة، أمَّا في المعين فلا أثر له كما حكيناه عن «النهاية» من قبل، والجارية هاهنا معينة؛ فلا معنى لاختلاف الجهة فيها.

ويعضده أن الإمام في هذا الباب حكى أنه لو ملك جارية، وقطع بالملك فيها، وأشكل عليه فلم يدر أنه اتهبها أو ورثها أو اشتراها فالوطء حلال بلا خلاف.

والتعليل الثاني أيضًا فيه نظرٌ؛ لأن الشافعيّ حيث منع من وطء الزوجة المشتراة في زمن الخيار، علله بأنه لا يدري أيطأ زوجته أو مملوكته، وهذا يدري أنه يطأ زوجته، وعلى تقدير أن يكون البائع صادقًا، فملك المشتري قوى يحل به الوطء، والله أعلم.

ولو أتت بولد فنفقته على الواطئ، ونفقة المستولدة على المستولد، إن قلنا: يحل

---

(١) في د: اليمين.

له وطؤها، وإن قلنا: لا يحل له، فوجهان:

أحدهما: أنها على البائع؛ إذ يقبل قوله في زوال ملكه، لا فيما على غيره، وهو سقوط النفقة.

والثاني: أنها تأكل من كسبها، فإن لم يكن فمن بيت المال.

وحكى العجلي عن «النهاية»: أنه لا صائر إلى إيجابها على المستولد على وجه التحريم؛ لأنه لا يدعي الملك، ولم يثبت ملكه، ولا حلها له، والحيلولة إذا وقعت على وجه لا ترتفع[1]؛ فلا تتقاصر عن النشور.

فرع: لو قال: بعتك هذه الجارية فقال: بل وهبتنيها [- فالذي حكاه القاضي حسين هنا والعراقيون في كتاب «العارية»: أن القول قول المالك، وحكى الغزالي في كتاب «الهبة» في المسألة قولين:

أحدهما: أن القول قول الآخذ؛ لأنه وافقه صاحبه على الملك، ويدعي عليه عوضًا الأصلُ عدمه.

والثاني: أنهما يتحالفان لتساويهما؛ إذ هذا يعارضه أن الرجوع في وجه الزوال إلى المزيل.

قال الإمام: وما أطلقه هذا القائل من التحالف ليس على قياس التحالف المذكور في اختلاف المتبايعين، بل يحلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه صاحبه، فإذا حلف المقبِض على نفي الهبة، وحلف القابض على نفي الثمن، كان سبيل رد العين على المقبض - بعد إقراره بأنه قد ملك القابض العينَ - قريبًا من استرداد المبيع ممن قبضه؛ تفريعًا على أن البائع مأمور بتسليم المبيع، أو لا إذا امتنع عن تأدية الثمن؟ ولعل الظاهر أنه يعود المسترد في مسألتنا بفسخ البيع، وإذا كان كذلك لم يتعرض له ولم يقل له: افسخ، أوْ لا إذا كان الفسخ مما ينفرد به؛ فيئول ذلك إلى الحكم الواقع بين العبد وربه.

---

(١) في د: ترفع.

وهذا حكمنا على الظاهر، ولا يخفى الحكم على الباطن][1].

وقال المتولي: [على طريقة الشيخ أبي حامد][2] لا يثبت التحالف، وعلى الصحيح من المذهب يثبت التحالف.

والعلة: أن كل واحد منهما يدعي انتقال الملك بجهة صحيحة غير الجهة التي يدعيها صاحبه، ولو قدرنا هذا الاختلاف حالة العقد امتنع الانعقاد؛ فصار كما لو اختلفا في قدر المبيع.

قال: «**وإن اختلفا في شرط يفسد العقد**[3]» أي: إمَّا ثبوته كما إذا ادعى أحدهما أن العقد جرى بشرط خيار أربعة أيام، وقال الآخر: بل يومين، ونحو ذلك، وإمَّا نفيه، كما إذا ادعى أحدهما وقوع البيع بثمن مجهول، وقال الآخر: بل بثمن معلوم، ونحو ذلك على ما حكاه أبو الطيب.

قال: «**فالقول قول من يدعي الشرط في أحد القولين**»؛ لأن الأصل عدم العقد، ومدعي الفساد يدعي ما يمنع صحة العقد؛ فهو متمسك بالأصل، وهذا ما قال به صاحب «التقريب»، واختاره في «المرشد» و«التهذيب».

قال: «**والقول قول من ينكر ذلك في [القول]**[4] **الآخر**»؛ لأن الأصل في العقود والظاهر من حالها الصحة، وهذا ما رواه البويطي في «مختصره» فيمن أسلم إلى رجل في طعام واختلفا: فادّعى المسلَم إليه أنه شرط فيه الخيار، وأنكر المسلِم ذلك، وبه جزم المحاملي في «المجموع» في المثال الثاني، واختاره ابن الصباغ.

وقال القفال: «القولان ينبنيان على القولين في تعقيب الإقرار بما يرفعه».

قال القاضي الحسين في «تعليقه»: «وهذا يطرد إلاَّ في مسألة، وهي: إذا قال البائع: بعت بألف، وقال المشتري: اشتريت بزق خمر - فعلى مذهب من يبعّض الإقرار، لا يمكننا أن نجعل القول قول البائع، لكن الوجه أن يقال: يحبس المشتري حتى يبين ما يكون ثمنًا.

وحكى المتولي في هذه الصورة أننا ننظر: فإن اتفقا على أن إيجاب البائع سبق،

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في التنبيه: البيع.
(٤) سقط في د.

فنحكم بصحة العقد؛ لأنه إذا سقط تسمية الخمر يبقى قوله: اشتريت، وهو مرتب على إيجاب البائع.

وإن اتفقا على أن لفظ المشتري سبق، فلا يصح العقد؛ لأن قوله: اشتريت، لا يوجب حكمًا ما لم يكن معه ذكر ثمن.

وإن اختلفا في السابق منهما فالمسألة على وجهين:

أحدهما: القول قول من يدعي الصحة.

والثاني: القول قول من يدعي الفساد، وهذا فيه نظرٌ؛ لأن التفريع على أن القول قول مدعى الصحة.

وجوابه: أن القائل بهذا القول يوافق مدعي الفساد في هذه الصورة.

وروى القاضي أبو الطيب الخلاف في أصل المسألة وجهين عن حكاية الشيخ أبي علي في «الإفصاح»، ثم قال: وقد نصّ الشافعي على ما يدل عليهما، وهو إذا ادّعى الكفيل أنه يكفل بشرط الخيار ثلاثًا، وأنكر المكفول له ذلك - فإن فيمن المصدق منهما قولين، والوجهان يجريان فيما لو اختلفا [في التسليم][1] بعد التفرق: هل فسخ العقد قبله، أو تفرقا عن تراض؟

قال: «وإن اختلفا في التسليم، فقال البائع» - أي: لملك نفسه-: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن، وقال المشتري - أي: لنفسه-: «لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع» - أي: وكان الثمن في الذمة - «أجبر البائع على ظاهر المذهب»؛ لأن العقد يستقر به ويؤمن الانفساخ، والبائع يقدر على التصرف في الثمن قبل قبضه بالحوالة وغيرها، والمشتري لا يقدر على ذلك في المبيع إلاَّ بقبضه، فأجبر البائع عليه؛ ليتساويا فيه، ولأن المبيع معين، والثمن غير معين، وما تعلق بالأعيان أحق بالتقديم مما يثبت في الذمم كالرهن في أموال المفلس، وهذا هو الأصح، وبه جزم بعضهم، ووراءه قولان، وآخر مخرج من نصه في الصداق.

فأحد القولين: أنهما يجبران؛ لأنَّ كل واحد منهما قد استحق القبض على صاحبه، فأجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه حقَّهُ، فعلى هذا يأمرهما الحاكم

---

(١) سقط في د.

بإحضار المبيع والثمن، إذا أمكن إحضارهما، وسلم لكل منهما ما يستحقه، ولا يبالي بأيهما بدأ، أو يأمرهما أن يسلما ذلك إلى عدل، فيفعل مثل ذلك، وجعل الماوردي الثاني مع الأول قولين، ولم أفهم لهذا الاختلاف معنى، ولا جرم أنه حكى عن أبي إسحاق أنهما حالة واحدة، واستضعفه، وقال: الأكثرون على أنهما قولان.

والثاني: لا يجبران، بل أيهما بدأ بالتسليم أجبر الآخر عليه، ويمنعان من التخاصم؛ لأن كل واحد منهما قد وجب عليه حق بإزاء حق له؛ فلم يجبر على إبقاء ما عليه دون ما لَهُ.

والقول المخرّج: أن المشتري يجبر؛ لأن حقه متعين في المبيع، وحق البائع غير متعين في الثمن؛ فيؤمر بالتعيين للتساوي.

أمَّا إذا كان الثمن معينًا، فلا يجيء إلا قول الإجبار وعدمه، صرح به المحاملي والإمام والبغوي وغيرهم. وفي كلام الرافعي ما يدل على أنه لا يسقط في هذه الصورة من الأقوال الأربعة إلاَّ المخرج؛ فإنه قال: إذا كانت الصورة كما ذكرناه يسقط القول الثالث، وإن تبايعا عرضًا بعرض سقط الرابع أيضًا[1]؛ فيبقى قولان.

ولا وجه لما قاله، ثم كلامه فيما إذا تبايعا عرضا بعرض، إنما يتجه إذا قلنا: لا ثمن إلا النقدين، أما إذا قلنا: الثمن ما اتصل به باء الثَمَنِيَّةَ، فيكون كالنقد سواء وللماوردى تفصيل حسن في هذه المسألة نذكره فيما بعد، وإذا كان البائع نائبًا عن الغير [أو للغير في المبيع حق كالمرتهن وغرماء المفلس، فلا يجيء ظاهر المذهب، ولا أنهما لا يجبران.

وقد حكى عن أبي الحسين بن القطان في بيع مال المفلس أنه يجبر المشتري بلا خلاف.

وحكى الماوردي أن قول إجبار البائع يجيء فيه أيضًا عن رأي البغداديين من أصحابنا كما حكاه في كتاب «التفليس».

(١) زاد في جـ: ظاهر المذهب.

وإذا كان المشتري نائبًا عن الغير][1] فلا يجيء[2] القول المخرج، [ولا قول عدم إجبارهما][3]، ولو كانا نائبين فلا يجيء إلاَّ قول الإجبار، صرح به الإمام في كتاب «الفلس»، [ويجيء فيها ما حكاه الماوردي أيضًا][4].

قال: «**فإن كان الثمن حاضرًا** - أي: في المجلس - «**أجبر المشتري على تسليمه**» - أي: بعد تسليمه المبيع؛ لأنه مستحقٌّ عليه، ولا مانع منه، فلو أصر على الامتناع [فهل يثبت للبائع فسخ البيع؟ فيه وجهان.

أصحهما في «الإشراف»: أنه لا يثبت، [وجعله الإمام في كتاب «الفلس» ظاهر المذهب][5].

واعلم أن مراد الشيخ بحضور الثمن: حضور نوعه؛ لأنّ هذا تفريعٌ على إجبار البائع على ظاهر المذهب، وقد ذكرنا أن محله إذا كان الثمن في الذمة، وإذا كان كذلك تعين ما ذكرناه.

قال: **وإن لم يكن حاضرًا، ولكنه معه في البلد، حجر على المشتري في السلعة وجميع ماله حتى يحضر الثمن**؛ كي لا يتصرف في أملاكه التي يجب الوفاء منها بما يفوت حق البائع. وهذا حجر غريب رآه الشافعي.

وفي «الوسيط» حكاية وجه: أنه لا يحجر عليه، بل يمهل إلى أن يأتي بالثمن.

قال الرافعي: ولم أر لغيره نقل هذا الوجه على الإطلاق.

قلت: الغزالي لم يطلقه، بل حكاه فيما إذا كان غنيًّا بعد أن حكى أنه إذا تحقق إفلاسه، ولم يكن معه سوى المبيع، أو كان وزادت الديون عليه؛ فتعين أن مراده بالغنى من ساوى مالُهُ ديونه، أو زاد عليها، وإذا كان كذلك فهذا الوجه منقول في «النهاية» عن رواية الشيخ أبي محمد، وبه جزم القاضي الحسين في «التعليق»، وقائله يراعي فيه قياس حجر الفلس [حتى لو كان ماله لا يفي بما عليه إلاَّ بالمبيع أو بعضه، فهل يحجر عليه؟ فيه خلاف كما في المفلس،][6] وإذا حجر عليه كان للبائع الفسخ.

نعم، في «التهذيب»: أنه يحجر عليه في المبيع، وفيما عدا المبيع لا حجر إذا كان

---

(١) سقط في د.
(٢) زاد في د: إلا.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.

ماله مع المبيع يفي بما عليه، وإلا فيحجر عليه فيه أيضًا.

قال: «وإن كان[1] **في بلد آخر بيعت السلعة في الثمن**» - أي: ولا يثبت للبائع خيار؛ لأنه يمكن إبقاء حقه، فإذا بيعت وزاد ثمنها على حقه كان الفاضل للمشتري.

تنبيه: قد يفهم من كلام الشيخ أنه لا يحجر[2] عليه في هذه الحالة، وليس كذلك؛ فإنه إذا حجر عليه في حضور المال في البلد، وقرب مسافة الحضور، فمع البعد أولى، ولفظ الشافعيّ دالٌّ عليه؛ فإنه قال: فإن غاب ماله أشهد على وقف ماله وعلى وقف السلعة، فإذا دفع أطلق [عنه الوقف.

وإطلاق الشيخ هذا الحكم يقتضي أنه لا فرق في البلد الآخر أن يكون على مسافة القصر أو دونها، وهو وجهٌ ينتظم من مجموع كلام الأصحاب، على ما سنذكره.

ويظهر أن الحامل للشيخ على ترجيحه ما حكاه البندنيجي والبغوي فيما إذا باع عبدًا وهرب المشتري قبل قبضه، ولم يكن المشتري محجورًا عليه بفلس، ولا مال له في البلد-: أن الحاكم يبيع العبد، فإن كان ثمنه مثل الثمن الأول وفّاه للبائع، وإن كان أكثر فالفاضل للمشتري، وإن كان أقل بقى الباقي على المشتري.

وإطلاق الأصحاب ذلك يدل على أنه لا فرق بين أن يكون هربه إلى موضع قريب أو بعيد، وإذا كان كذلك في حال غيبة الغريم، فحضوره لا يظهر أن له تأثيرًا في تغيير هذا الحكم بثبوت حق الفسخ، على أن في «الشامل» في كتاب «النفقات»: أن الأصحاب قالوا في هذه الصورة: للبائع الفسخ.

وقريب منه ما حكاه المتولي في كتاب «الفلس»، فيما إذا اشترى عينًا وأقبض الثمن، ثم هرب البائع أو امتنع من إقباضه: أن للمشتري الفسخ على وجه، و الذي حكاه الأصحاب في مسألة الكتاب أنَّ ننظر: إن كان بين البلدين مسافة القصر فوجهان حكاهما المحاملي وغيره:

أحدهما: ما ذكره وهو الأصح في «التهذيب».

---

(١) زاد في التنبيه: غائبا.

(٢) في د: يجيء.

وأظهرهما عند الأكثرين، وبه جزم أبو الطيب والبندنيجي: أن له أن يفسخ البيع؛ لتعذر تحصيل الثمن، كما لو أفلس بالثمن، فإن فسخ فذاك، وإن صبر إلى الإحضار فالحجر كما سبق.

قال الرافعي عقيب هذا الكلام: وحكى الإمام عن ابن سريج أنه لا يفسخ، ولكن يرد المبيع إلى البائع، ويحجر على المشتري؛ ويمهل إلى الإحضار.

وادّعى في «الوسيط» أن الصحيح وإن كان بينهما دون مسافة القصر، فهو كما لو كان في البلد، أما لو كان على مسافة القصر، ففيه وجهان.

هذا آخر كلامه، ومقتضاه: أن خلاف ابن سريج فيما إذا كان المال في مسافة القصر، و الذي رأيته فيما وقفت عليه من «النهاية» أنَّ ابن سريج قال: إن كان ماله في البلد غائبًا عن المجلس فيمهل المشتري إلى تحصيل الثمن، ولا يحجر عليه، ويرد المبيع إلى البائع إلى أن يتوفر عليه الثمن.

وإذا انتهى الأمر إلى الامتناع إلى الوصول إلى الثمن بغيبة شاسعة يعد مثلها امتناعًا ثبت له الفسخ[1].

---

(١) قوله: ولو اختلفا في التسليم أجبر البائع على ظاهر المذهب، وحينئذ فإن كان الثمن مع المشتري أجبر على إعطائه، وإلا حجر عليه في جميع ماله إلى أن يحضر الثمن، فإن كان - أي الثمن - في بلد آخر؛ نظر: إن كان بينهما مسافة القصر ثبت للبائع الفسخ؛ لتضرره بالتأخير، فإن فسخ فذاك، وإن صبر إلى الإحضار دام الحجر.

ثم قال ما نصه: قال الرافعي: وحكي الإمام عن ابن سريج: أنه لا يفسخ، ولكن يرد المبيع إلى البائع ويحجر على المشتري، ويمهل إلى الإحضار، وادعى في «الوسيط» أنه الصحيح، وإن كان بينهما دون مسافة القصر فهو كما لو كان في البلد، أما لا لو كان على مسافة القصر؟ فيه وجهان. هذا آخر كلام الرافعي، ومقتضاه: أن خلاف ابن سريج فيما إذا كان المال في مسافة القصر، والذي رأيته فيما وقفت عليه من «النهاية»: أن ابن سريج قال: إن كان ماله غائبا عن المجلس فيمهل المشتري إلى تحصيل الثمن، ولا يحجر عليه، ويرد المبيع إلى البائع إلي أن يتوفر عليه الثمن، وإذا انتهى الأمر إلى الامتناع إلى الوصول إلى الثمن؛ لغيبة شاسعة يُعَدُّ مثلها امتناعًا ثبت له الفسخ. انتهى كلام ابن الرفعة، رحمه الله.

والكلام عليه متوقف على نقل كلام الإمام، فنقول: قال في «النهاية» ما نصه: وقال ابن سريج: إن كان ماله في البلد، ولكن كان غائبا عن مجلس التسليم - فيمهل المشتري إلى تحصيل الثمن، ويحجر عليه ولا يرد المبيع إلى البائع، فأما إذا كان ماله غائبًا عن البلد فليرد المبيع إلى البائع إلى أن يتوفر عليه الثمن، ولا يثبت حق الفسخ عند ابن سريج أصلًا بهذا الوقف الذي نص عليه الشافعي، وإنما يثبت إذا انتهى الأمر إلى الإعسار أو إلى امتناع الوصول إلى الثمن بغيبة شاسعة يعد مثلها امتناعا. هذا كلام الإمام.

=

ويقرب مما قاله ابن سريج من بعض الوجوه ما حكاه الماوردي، حيث قال: إن كان بينهما أقل من يوم وليلة، فهو في حكم الحاضر، وإن كان بينهما ثلاثة أيام فصاعدا فلا يلزم انتظار ماله؛ لبعده عنه، وأنه في حكم المعسر والحكم في المعسر - كما حكاه غيره - أنَّ له الفسخ على المنصوص.

وقيل: تباع السلعة في الثمن، وإن كان بينهما أكثر من يوم وليلة وأقل من ثلاثة أيام فعلى وجهين:

أحدهما: حكم ما دون اليوم والليلة.

والثاني: حكمه حكم الثلاث فما فوقها.

فعلى هذا: هل له الفسخ أو تباع السلعة [فيه] في الثمن؟ فيه وجهان.

وحكم الاختلاف الجاري بين المكري والمكنزي في البداية بالتسليم حكم البائع والمشتري فيما ذكرناه.

ولو بدأ المشتري بتسليم الثمن أجبر البائع على تسليم المبيع، فلو كان عبدًا وقد أبق في يد البائع، ولم يتمكن من رده - لم يسترد الثمن، وللمشتري الخيار.

وفي «تعليق» القاضي الحسين حكاية وجه: أن له استرداد الثمن قبل فسخ العقد.

ووجه آخر: إن تسلم الثمن بأن وقع بعد إباق العبد استحق ردّه؛ لأنّا نتبين أن التسليم لم يكن واجبًا، وإن وقع بعد الإباق لم يستحق رده؛ لأن التسليم كان واجبًا.

واعلم أن الرافعيَّ ذكر هاهنا مهمًّا لا بد من ذكره، وهو أنَّ طائفة توهمت أن الخلاف في البداية في التسليم خلاف في أن البائع: هل له حق الحبس أم لا؟.

فإن قلنا: البداية بالبائع، فليس له حبس المبيع إلى استيفاء الثمن، وإلا فله ذلك،

= إذا علمت ذلك علمت أن في كلام المصنف أمرين:

أحدهما: أن ما اعترض به على الرافعي من أن الإمام لم يحك مقالة ابن سريج في حالة غيبة المالك، وأنما حكاها عنه فيما إذا كان ماله في البلد - غلط، سببه إسقاط من كلام الإمام؛ فإن الإمام قد ذكر المسألتين كما قد أوقفتك عليه، وهما: مسألة الرافعي، ومسألة المصنف، فأسقط المصنف من كلام الإمام من لفظ «البائع» إلى «البائع»: إما لانتقال نظره، وإما لغلط في نسخته.

الأمر الثاني: أن ما نقله عن «النهاية» فيما إذا كان ماله في البلد غائبا عن المجلس، أن ابن سريج قال: إنه لا يحجر عليه، ويرد المبيع إلى البائع - غلط على العكس مما في «النهاية»؛ فإن فيها عنه إثبات الحجر ونفي الرد كما تقدم من حكاية لفظه، فتأمله. وقد وقع في «الرافعي» هنا - أيضا - غلط في هذه المسألة تبعه عليه في «الروضة»؛ فإنه نقل عن ابن سريج أمرًا ثالثًا، وهو أنه يرد المبيع إلى البائع، ويحجر على المشتري، أعني بإثبات الأمرين؛ فتفطن. [أ و].

ونازع الأكثرون فيه، وقالوا: هذا الخلاف مفروض فيما إذا تنازعا في مجرد البداية، وكان كل واحد يبذل ما عليه، ولا يخاف فوت طعن صاحبه، فأمَّا إذا لم يبذل البائع المبيع، وأراد حبسه؛ خوفًا من تعذر تحصيل الثمن، فله ذلك بلا خلاف، وكذلك للمشتري حق حبس الثمن؛ خوفًا من تعذر تحصيل المبيع، نصّ على ذلك الشيخ أبو حامد، وأقضى القضاة الماوردي قال: ما قاله الأولون، هو ما أشار إليه الإمام في كتاب الرهن عقيب الكلام في رهن المبيع بثمنه، والغزالي في مواضع منها عند الكلام في انفساخ العقد قبل القبض: هل يكون من أصله، أو من حينه وهو الذي يقتضيه إطلاق الأئمة الذي نقل عنهم؛ فإنهم فصلوا بعد إجبار البائع على تسليم المبيع بين أن يكون الثمن حاضرًا في المجلس، أو غائبًا عنه في البلد أو بلد آخر، ولو كانت الصورة فيما إذا بذل كل واحد منهما ما عليه لم تعقل غيبة الثمن عن المجلس أو البلد؛ إذ لا بذل إلا مع الحضور، اللهم إلاَّ أن تحمل هذه الصورة على ما إذا أظهر البذل، ثم ظهر أنه لا شيء معه.

ويؤيد ذلك أن][1] القاضي الحسين في «التعليق» حكى أنه إذا لم يكن ماله[2] في البلد لم يجبر البائع على التسليم، وإن كان له مال غائب خصوصًا إذا كان منهما على مسافة القصر، بل لا يجب على البائع الإنظار وله الفسخ، وإن كان دون مسافة القصر فوجهان، والله أعلم.

وحيث تكلمنا في حق الحبس فنكمل ما قيل فيه؛ إذ هذا محله، فنقول: ليس للبائع حق الحبس إذا كان الثمن مؤجلًا، ولو حلَّ قبل التسليم؛ إذ العقد لا يقتضيه، وقيل: إنه له حق الحبس إذا حل قبل التسليم، حكاه القاضي أبو الطيب في كتاب «الصداق» عن رواية المزني في «المنثور».

ولو تبرع البائع بالتسليم عند حلول الثمن، فليس له رده إلى حبسه.

وكذا لو أعاره من المشتري في أصح الوجهين.

ولو أودعه إيّاه قال الرافعيُّ: لم يبطل حق الحبس.

وفي «النهاية» في باب «الرهن» و«الحميل»: أن في بطلانه وجهين مرتبين على

---

(١) من أول قوله: «عنه الوقف. وإطلاق الشيخ» إلى هنا سقط في د.

(٢) في د: مال.

الوجهين في العارية.

ومنهم من يقول: الإيداع أولى بالبطلان من جهة أنه يبعد أن يحفظ المالك ملكه لغيره.

ومنهم من جعل الإيداع أولى بألا يبطل؛ فإنه ليس فيه تسليط أصلًا، وفي الإعارة تسليطٌ.

ولو وجدنا المبيع في يد المشتري قبل توفية الثمن الحال، فقال البائع: غصبته، وقال المشتري: بل سلمته إليَّ - فالقول قول البائع، على الأصح.

ولو قال البائع: أعرتكه أو أودعتكه، وقلنا: لا يبطل حق الحبس بذلك، وقال المشتري: بل سلمته إليَّ - فَمَنِ المصدق منهما؟ فيه وجهان، كما في نظيره في الرهن إذا ادّعى المرتهن أن الراهن أقبضه العين عن جهة الرهن، وقال: بل عارية أو وديعة، حكاه الإمام في كتاب الرهن أيضًا.

ولو سلم إليه بعض الثمن، فهل يجب عليه تسليم بعض المبيع؟ نظر: إن كان مما لا ينقسم فلا، وإن كان مما ينقسم كالحنطة - مثلًا - فوجهان:

أظهرهما: لا، هكذا حكاه الغزالي، [وجعل الإمام في كتاب الرهن مقابله رديئًا غير معتد به][(١)]، وأطلق الماوردي حكاية الوجهين عن ابن سريج من غير تفصيل.

وهل يستكسب المبيع في يد البائع لحق المشتري كما يستكسب المرهون في يد المرتهن لحق الراهن؟ فيه وجهان في «النهاية» في باب «الزيادة في الرهن»].

ولو باع ثوبًا بدينار في الذمة، وقبض دينارا عنه، وسلم الثوب، ثم خرج الدينار زيوفا - رده عليه، ويعود حقه في الحبس.

ولو أخرج[(٢)] رديء الجوهر بحيث لو رضي به جاز ورد عليه، فهل يعود حق الحبس؟ فيه وجهان ينبنيان على القولين في جواز الاستبدال في مسألة الصرف على النعت الذي ذكرناه، كذا قال القاضي الحسين في «باب بيع الطعام قبل أن يستوفى».

ولو أتلف البائع المبيع قبل القبض أو المشتري أو أجنبي، فهل يبطل حق الحبس؟ قد تقدم الكلام فيه في أول البيع، وهل للبائع حبس زوائد المبيع؟ قال الغزالي في

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: خرج.

«الوسيط» عند الكلام في حقيقة الرد: «و[١] الفسخ إن قلنا: إنها تنقلب بالفسخ إلى البائع فله حبسها للثمن إذا قلنا: له حبس المبيع؛ لأنه يتوقع التعلق بها، وإن[٢] قلنا: يسلم للمشتري، فليس له حق الحبس»، وفيما قاله نظرٌ؛ لأن الزوائد الحادثة بعد العقد لم يقتض العقد حبسها للثمن، كما قلنا فيما إذا كان الثمن مؤجلًا، ثم حلّ قبل التسليم، وقد صرح الإمام بذلك، بل حبسها على ما اقتضاه التفريع؛ لجواز كونها تسلم له، فيكون صواب الكلام: فإن قلنا: إنها تنقلب بالفسخ إلى البائع، فله حبسها، لا لأجل الثمن.

ولو اشترى بوكالة اثنين شيئًا، ووفى نصف الثمن عن أحدهما - لم يجب على البائع تسليم النصف؛ بناءً على أن الاعتبار بالعاقد.

ولو باع بوكالة اثنين، فإذا أخذ نصيب أحدهما من الثمن فعليه تسليم النصف، هكذا ذكره في «التهذيب».

قال الرافعيُّ: وفيه كلامان:

أحدهما: أن العبد المشترك بين رجلين إذا باعاه، ففي انفراد أحدهما بأخذ نصيبه من الثمن وجهان، فأخذ الوكيل لأحدهما بمنزلة أخذ الموكل نفسه.

قلت: ويؤيده[٣] حكاية وجه مثله يأتي في نظير المسألة في الرهن.

والثاني: أنَّا إذا قلنا: الاعتبار في تعدد الصفقة واتحادها بالعاقد، فينبغي أن يكون تسليم النصف على الخلاف فيما إذا أخذ البائع بعض الثمن، والله أعلم.

* * *

---

(١) في د: أو.

(٢) في د: فإن.

(٣) في د: يؤيد.

باب السلم

قال الأزهري: السلم والسلف واحد، يقال: سلَّم وأسلم، وسَلَّف وأسلف بمعنى واحد، واستسلف وتسلَّف.

وسمى سلمًا؛ لتسليم رأس المال في المجلس، وسلفًا لتقدم رأس المال، وهذا الاسم يشترك فيه القرض.

وادعى الرافعي: أن اسم السلم يشمل القرض أيضًا.

لكن حد السلم الشرعي يخرجه: وهو العقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى[1] عاجلاً[2].

والأصل في جوازه من الكتاب قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

قال ابن عباس: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله - تعالى - في كتابه، ثم تلا الآية.

وفيها مايدل على ذلك، وهو قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةٗ تُدِيرُونَهَا بَيۡنَكُمۡ فَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَلَّا تَكۡتُبُوهَاۗ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وهذا في البيع الناجز، فدل على أن ما قابله[3] في الموصوف غير الناجز.

ومن السنة: ما روى الشافعي[4] بسنده أيضًا، عَنِ ابْنِ عَبَّاس أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَدم

---

(١) في ج: ويعطي.

(٢) قوله: وادعى الرافعي أن اسم «السلم» يشمل القرض - أيضا - لكن حد السلم الشرعي يخرجه، وهو: العقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلا. انتهى.
وما نقله عن الرافعي من شمول اسم السلم للقرض نقله عنه في «المطلب» - أيضا - وهو غلط على الرافعي؛ فإن الرافعي إنما ذكر ذلك في لفظ «السلف» - بالفاء - فقال: وجمع في هذا الكتاب - يعني الغزالي - بين السلم والقرض؛ لتقاربهما واشتراكهما لفظا ومعنى: أما اللفظ؛ فلأن كل واحد منهما يسمى سلفا، وأما المعنى؛ فلأن كل واحد منهما إثبات مال في الذمة بمبذول في الحال. هذه عبارة الرافعي، وهو كلام صحيح صرح به غيره أيضا. [أ و].

(٣) في د: قبله.

(٤) أخرجه الشافعي (٢/ ١٦١) رقم (٥٥٧)، ومسلم (٣/ ١٢٢٧) كتاب المساقاة، باب: السلم (١٢٧/ ١٦٠٤).

المدينة، وهم يسلفون في التمر السنة والسنتين، وربما قال: السنتين، والثلاث، فقال ﷺ: «مَنْ أَسْلَفَ، فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»، ولفظ البخاري[١]: «السنتين وثلاثًا فقال: من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» وغير ذلك من الأحاديث.

ومن جهة القياس: أن البيع لما اشتمل على عوضين، المثمن والثمن، فلما جاز أن يكون الثمن معينًا، وموصوفًا في الذمة حالاً، وإلى أجل [مسمى][٢] فكذلك[٣] المثمن؛ ولأن بالناس حاجة إليه؛ لأن أرباب الضياع، والبساتين؛ ربما لا يكون معهم مال ينفقونه على مصالحها، فيستسلفون على الغلة ما يحتاجون إليه ويرتفقون به.

وكذلك أرباب النقود يرتفقون بالرخص والنقصان من السعر فَجُوِّز لذلك، وإن كان فيه غرر؛ كعقد الإجارة على المنافع المعدومة.

قال: السلم صنف[٤] **من البيع**؛ لأن الرواة لما رووا قوله ﷺ «لَا يَحِلُّ بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»[٥] خافوا من التعلق بعمومه في منع السلم فألحقوا به أنه ﷺ أرخص في السلم؛ لما ذكرناه فلو لم يكن السلم صنفًا من البيع لما احتاجوا إلى ذلك.

قال: **وينعقد بجميع ألفاظ البيع**: لأنه بيع، وإن اختص باسمٍ وحكمٍ كالصرف، وهذا ما صححه ابن الصباغ.

وفي الحاوي: أن من أصحابنا من قال: لا ينعقد بلفظ البيع سلمًا، بل بيعًا حتى لا يشترط فيه قبض رأس المال؛ لأنه في العرف وغيره[٦]، وعزاه القاضي أبو الطيب إلى أبي إسحاق، وهو الأصح.

وفي[٧] التهذيب ويجوز تفريعًا عليه شرط الخيار في هذا العقد.

وهل يجوز الاعتياض عن المبيع قبل قبضه؟ فيه طريقان:

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٤٢٨) كتاب السلم، باب: السلم في كيل معلوم (٢٢٣٩) وفي (٤/ ٤٢٩) في باب: السلم في وزن معلوم (٢٢٤٠، ٢٢٤١).

(٢) سقط في د. (٣) في ج: فذلك. (٤) في ج: ضعف.

(٥) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٣) في البيوع: باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٣٥٠٤)، والترمذي (٣/ ٥٣٥)، في البيوع: باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنك (١٢٣٤)، وقال حسن صحيح والنسائي (٧/ ٢٨٨)، في البيوع: باب بيع ما ليس عندك البائع وفي (٧/ ٢٩٥)، باب: شرطان في بيع، وابن ماجه (٢/ ٧٣٧)، في التجارات: باب النهي عن بيع ما ليس عندك (٢١٨٨) وأبو داود الطيالسي، ص (٢٩٨)، (٢٢٥٧)، والحديث صحيح.

(٦) في د: غيره. (٧) في د: في.

أحدهما: أن فيه قولين كما في الثمن.

والثاني: القطع بأنه لا يجوز، حكاهما الإمام.

وقيل: لا ينعقد بيعًا [أيضًا](١)، رواه ابن التلمساني في شرحه.

قال: وينعقد بلفظ السلم؛ لأنه اسمه الخاص.

قال: ويثبت فيه خيار المجلس؛ لعموم الأخبار، ولا يثبت فيه خيار الشرط؛ [لأنه عقد من شرطه القبض في المجلس، فلم يثبت فيه خيار الشرط؛](٢) كالصرف؛ ولأن الخيار تأجيل لنقل الملك، أو للزومه، والسلم وإن قبل التأجيل في جهة المسلم فيه فلا يتصور ذلك في رأس المال؛ إذ إقباضه في المجلس شرط العقد كما سنذكره، فلو قدر ثبوت الخيار لتضمن التأجيل في العوضين؛ إذ لا يتصور بيع جائز في أحد العوضين دون الثاني.

واعلم أن الشيخ استغنى بما(٣) ذكره من كون السلم صنفًا من البيع عن(٤) بيان أهلية المتعاقدين، وقد سبق ما يغني عن إعادته، ونحتاج هنا إلى ذكر فرعين(٥).

أحدهما: الكافر هل يصح إسلامه في العبد المسلم؟

حكى الماوردي فيه طريقين:

أحدهما: القطع بالصحة، وصححها.

والثانية: تخريجه على القولين في البيع.

وقال: هذه ليست بصحيحة؛ لأن البيع إنما بطل لاستقرار يده على مسلم، وليس في السلم استقرار يد له [عليه](٦).

وإذا قلنا بالصحة، ففيه وجهان:

أحدهما: لا اعتراض عليه حتى يقبضه.

والثاني: أنه يمنع من استدامة العقد، ويؤخذ بفسخه.

الثاني: إذا أسلم إلى مكاتب عقيب العقد هل يصح؟ فيه وجهان محكيان في الوسيط في «الكتابة».

ووجه الجواز : أنه يملك رأس المال.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في ج: مما.
(٤) في ج: من.
(٥) في ج: وعين.
(٦) سقط في د.

قال: «ومن شرطه أن يسلم رأس المال في المجلس».

شرع الشيخ - رضي الله عنه - من هاهنا في بيان الشرائط المختصة بالسلم، وقد عدها الإمام سبعة، اثنان في رأس المال: أن يسلم في المجلس، وأن يكون موصوفًا معلوم القدر وإن كان معينًا على قول، وخمسة في المسلم فيه: أن يكون دينًا، وموصوفًا بالصفات التي تختلف بها الأثمان والأغراض.

ومعلوم القدر إن كان مما يقدر، وعام الوجود عند المحل، وتعيين مكان التسليم على قول، وعدها القاضي أبو الطيب ثمانية، وهي متداخلة وتأتى في الباب متفرقة، وننبه عليها - إن شاء الله تعالى.

فالأول:تسليم رأس المال في المجلس، ودليل اعتباره قوله ﷺ «مَنْ أَسْلَفَ، فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ»[1] فأمر بسلف المكيل فيه، وذلك يقتضي التعجيل؛ لأن اسم السلف مشتق من التقديم كما ذكرناه.

وكذلك اسم السلم مشتق من إسلام المال وهو تعجيله، وأسماء العقود المشتقة من المعاني لا بد من تحقق تلك المعاني فيها، وتوفير مقتضياتها عليها، وإلا لسلب معنى الاسم.

ولأن في السلم غررًا، فلو جاز فيه تأخير رأس المال لازداد الغرر وزيادة الغرر في البيع [تبطله][2] ؛ ولأن رأس المال إذا تأخر مع تأخر المسلم فيه صار دينًا بدين، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ[3] [كما رواه

(١) تقدم.

(٢) سقط في ج.

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٧) كتاب البيوع، باب: تحريم بيع الحاضر للبادي، الحديث (٢٠/ ١٥٢٢)، وأبو داود (٣/ ٧٢١) كتاب البيوع والإجارات، باب: في النهي عن أن يبيع حاضر لباد، الحديث (٣٤٤٢)، والطيالسي ص (٢٤١) في مسند جابر بن عبد الله رضي الله عنه، الحديث (١٧٥٢)، وأحمد (٣٠/ ٣٠٧، ٣١٢، ٣٨٦، ٣٩٢) في مسند جابر بن عبد الله رضي الله عنه، والترمذي (٣/ ٥٢٦) كتاب البيوع، باب: ما جاء لا يبيع حاضر لباد، الحديث (١٢٢٣)، والنسائي (٧/ ٢٥٦) كتاب البيوع، باب: بيع الحاضر للبادي، وابن ماجه (٢/ ٧٣٤) كتاب التجارات، باب: النهي أن يبيع حاضر لباد، الحديث (٢١٧٦)، من طريق أبي الزبير عن جابر به. وقال الترمذي: حسن صحيح.

الدارقطني عن ابن عمر][1] وهو بيع الدين بالدين.

[يقال: نكلأه كلأة، أي نسأت نسيئة، كما حكاه أبو الطيب][2]، فلو لم يسلم بطل العقد.

ولو سلم البعض فثلاثة أوجه:

أحدها: ينفسخ العقد في الجميع، وهو قول البصريين.

والثاني: أنه ينفسخ منه ما يقابل ما لم يقبض، ويصح في مقابل ما قبض وهذا قول البغداديين. ولا خيار في هذا التفريق.

والثالث: أنه ينفسخ في مقابل ما لم يقبض، وفي الباقي قولا تفريق الصفقة وهذا ما حكاه القاضي الحسين وهو عنده من تفريق الصفقة في الابتداء، وقد حكاه ابن الصباغ في باب تفريق الصفقة في الدوام، وجعله الإمام رتبة ثالثة بين[3] الابتداء والدوام.

وفي الحاوي على هذا القول يثبت الخيار للمُسْلَم إليه دون المسلِم.

ثم التسليم المشترط يعتبر فيه أن يكون حقيقيًّا[4]، إذا أمكن، فلو أحال به المسلم لم يصح[5] وإن قلنا: إن الحوالة استيفاء، وكذا لو قبضه المسلم إليه من المحال عليه في المجلس كما صرح به القاضي الحسين في التعليق.

وقياس ما ذكرناه في الصرف أن يصح فيما إذا قبض في المجلس، وقلنا: إنها استيفاء.

[مسألة][6]

ولو كان رأس المال عبدًا فأعتقه [قبل القبض في المجلس][7].

قال القاضي أيضًا: ذلك ينبنى على أن الملك في زمن الخيار لمن؟

إن قلنا: للبائع فلا ينفذ [عتقه][8].

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: من.
(٤) في د: تحقيقيا وفي جـ: حقيقا.
(٥) في د: تصح.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في د.

وإن قلنا : للمشتري، ففي بيع العين[(١)] هو نافذ، وفي السلم يمكن أن يقال: لا ويمكن أن يقال: نعم. ويصير قابضًا ويلزم العقد.

وحكى الرافعي هذين الاحتمالين وجهين.

أما إذا لم يمكن فيه القبض الحقيقي كما إذا كان رأس المال منفعة دار مدة معلومة فيكفي فيه تسليم الدار قبل التفرق إذ هو الممكن.

ولو أودع المسلم إليه المسلم رأس المال في المجلس بعد قبضه لم يضر، ولو وفاه له من [دين له عليه][(٢)].

قال الروياني: لا يصح الإيفاء، ويصح السلم بعد التفرق على رأى بعض الأصحاب.

فرع : هل ينوب تسليم المسلم فيه في المجلس إذا كان حالاً مناب تسليم رأس المال؟ [فيه][(٣)] وجهان: [في التتمة][(٤)] والأظهر المنع.

قال: فإن كان في الذمة بين صفته وقدره.

[أي][(٥)] كما في المسلم فيه إذ به يحصل التعريف، وهذا إذا لم يكن من نقد البلد [أما إذا][(٦)] كان كفى معرفة القدر قاله أبو الطيب [وهذا ما حكاه الزبيلي[(٧)(٨)]، في أدب القضاء عن ابن أبي هريرة سواء كان السلم حالاً، أو مؤجلاً.

وحكى عن أبي إسحاق أنه لا بد من الوصف سواء كان حالا أو مؤجلاً، وعن ابن سريج: أنه لا يعتبر في الحال، ويعتبر في المؤجل][(٩)].

وذهب أبو العباس بن صالح البصرى من أصحابنا وطائفة [من البصريين][(١٠)] إلى أن رأس المال إذا كان في الذمة كان [السلم][(١١)] باطلاً؛ لأنه يصير كلا

---

(١) في جـ: الغير. (٢) في د: له دين عليه. (٣) سقط في د.
(٤) سقط في د. (٥) سقط في أ. (٦) في أ: فإن.
(٧) في جـ: الرسلي.
(٨) كذا في النسخ الخطية التي بين أيدينا، وفي طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة قال: ورأيت بخط الأذرعي أن الصواب أنه دبيلي، ومن قال: الزبيلي فقد صحف.
وعلى هذا فهو علي بن أحمد بن محمد أبو الحسن الدبيلي، صاحب أدب القضاء. وقال ابن قاضي شهبة: أكثر ابن الرفعة النقل عنه، ويعبر عنه بالزبيلي، وقال السبكي: إنه الذي اشتهر على الألسنة.
ينظر طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (١/ ٢٦٨)، وتوضيح المشتبه (٤/ ٦٩).
(٩) سقط في د. (١٠) سقط في د. (١١) سقط في د.

البدلين[(١)] موصوفًا وذلك غير[(٢)] جائز، والأول عليه جمهور أصحابنا البغداديين.

قال: وإن[(٣)] **كان معينًا**. أي: مشاهدًا[(٤)] مثل إن قال: أسلمت إليك هذا في كذا من الحنطة ووصفها؛ لم يفتقر إلى ذكر صفته وقدره في أصح القولين، لقوله ﷺ «مَنْ أَسْلَفَ، فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»[(٥)] ولم يأمر بذلك في رأس المال، فدل على أنه ليس من شرطه أن يكون معلوم الوزن والكيل؛ ولأنه عوض في عقد فوجب أن يغني مشاهدته عن ضبط أوصافه ومعرفة مقداره كما في بيوع الأعيان.

والقول الثاني: وهو اختيار أبي إسحاق في الشرح: أنه يفتقر؛ لأنه أحد عوضي السلم، فوجب ضبطه بصفاته؛ كالمسلم فيه.

وأيضًا: فإن السلم لا يتم في الحال، وإنما هو عقد منتظر تمامه بتسليم المسلم فيه، وربما ينقطع ويكون رأس المال تالفًا فلا يدرى إلى ماذا يرجع به، وعلى هذا قال القاضي أبو الطيب وغيره: لا يجوز أن يكون رأس المال إلا ما يجوز السلم فيه، وعلى الأول، لا يشترط ذلك.

وقال الإمام: ليس هذا على الإطلاق، بل الدرة الثمينة إذا عرفا قيمتها وبالغا في وصفها، وجب أن تجوز أن تجعل رأس المال؛ لأن منع السلم فيها مع الإطناب في الوصف سببه عزة الوجود، ولا معنى لاشتراط عموم الوجود في رأس المال، ومحل القولين في الأصل في ذوات الأمثال.

أما إذا كان رأس المال متقومًا موصوفًا وضبطت صفاته بالمعاينة، ففي اشتراط معرفة قيمته طريقان:

منهم من طرد القولين أيضًا، والأكثرون قطعوا بصحة السلم، ولا فرق في جريان القولين بين السلم المؤجل والحال.

ومنهم من خصهما بالمؤجل وقطع في الحال: بأن المعاينة كافية كما في البيع.

وفي كتاب ابن كج حكاية طريقة قاطعة في المؤجل بالمنع.

ثم هذا الخلاف فيما إذا تفرقا قبل العلم بما شرطناه، أما إذا علما ذلك قبل التفرق

---

(١) في جـ: اليدين.

(٢) في جـ: عن.

(٣) في د: فإن.

(٤) في جـ: ومشاهدا.

(٥) تقدم.

فلا خلاف في الصحة، صرح به الرافعي، وعلى الصحيح لو انفسخ السلم وتعذر الرجوع إلى رأس المال واختلفا في قدره؛ فالقول قول المسلم إليه، وهذا هو الشرط الثاني في رأس المال.

فرع: لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة.

فعن أبي إسحاق: أنه لا يجوز؛ لأنها قد تكبر وهي بالصفة المشروطة فيسلمها بعد أن يطأها، فيكون في معنى استقراض الجواري، والصحيح الجواز، كإسلام صغار الإبل في كبارها، وهل يمكن من تسليمها عما عليه؟ فيه وجهان، وهما يجريان على ما حكاه الشاشي فيما إذا كان رأس المال بصفة المسلم فيه فدفعه إليه عنه.

قال: **ولا يصح السلم إلا في مال يضبط[(١)] بالصفة، كالأثمان والحبوب والأدقة والمائعات، والحيوان، والرقيق، واللحوم، والبقول، والأشعار، والأصواف[(٢)] والقطن، والإبريسم، والثياب، والرصاص، والنحاس، والحديد، والأحجار، والأخشاب، والعطر، والأدوية وغير ذلك مما يضبط بالصفات[(٣)]** أي: كالثمار، والبلور، والفخار، والآجر، واللبن، ونحو ذلك، أما كونه لا يصح فيما لا يضبط بالصفة؛ فلأن البيع لا يحتمل جهالة المعقود عليه وهو عين؛ فلأن لا يحتملها السلم وهو دين كان أولى.

وأما صحته فيما يضبط بالصفة في الأشياء التي ذكرها؛ فلأن المكيل منها والموزون دل عليه الحديث المشهور.

وأما الحيوان: فالدليل عليه ما روي أنه - عليه السلام - أمر عبد الله بن عمرو بن العاص أن يبتاع البعير بالبعيرين والأبعرة إلى خروج المصدق،وقد أجمع الصحابة عليه.

روى أن علي بن أبي طالب باع جملاً يدعى عصيفيرًا[(٤)] بعشرين بعيرًا إلى أجل[(٥)]، وأن عمر اشترى راحلة بأربعة أبعرة يوفيها صاحبها بالربذة.

وروي أن عبد الله بن عمر سئل عن السلم في الوصائف[(٦)]، فقال: لا بأس به.

---

(١) في جـ: الضبط.
(٢) في التنبيه: والأصواف والأشعار.
(٣) في التنبيه: بالصفة.
(٤) في د: عصيفير، والحديث تقدم.
(٥) تقدم.
(٦) في جـ: الوضائف، والصواب ما أثبتناه.
الوصائف: جمع مفرده الوصيفة وهي: الجارية. ينظر: طلبة الطلبة ص (٤٥).

وإذا ثبت في هذه الأشياء بالنص مع أن الحيوان يعز ضبطه، كان ما عداه مما لا يعز ضبطه من طريق الأولى.

ومحل جواز السلم في الأثمان إذا كان رأس المال غيرهما، مثل الثياب(١)، والدواب ونحو ذلك.

أما إذا أسلم الدراهم في الدراهم، أو الدنانير في الدنانير أطلق القاضي أبو الطيب الحكاية عن الأصحاب بأن ذلك لا يصح.

وقال: قلت أنا: إن أسلم ذلك مطلقًا كان حالاً، فإن تقابضا في المجلس جاز عندي، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز؛ لأن في السلم لا يستحق قبض العوضين، وفي الصرف يستحق ذلك، وهذا ما حكاه الماوردي، وأطلق الغزالي حكاية وجه أنه لا يجوز السلم فيها، وحكاه الإمام فيما إذا كان رأس المال ربويًّا أو غيره.

وعلى الأول. هل يكفي [إطلاق اسم الدراهم](٢) إذا كانت غالبة في بلد [التعامل](٣) أم لا بد من وصفها؟ حكى الإمام في أول «كتاب القاضي إلى القاضي» [فيه](٤) وجهين، و [قد](٥) حكي عن الداركي: أنه منع السلم في الدقيق.

وفي المهذب: أن السلم في الطيور لا يجوز؛ لأن سنها لا يعرف، ولا يضبط قدرها بالزرع، وهو المحكي في البويطي.

قال البندنيجي : وما علمت أحدًا من أصحابنا حكي هذا عنه بعد(٦) أن حكى أن السلم في كل حيوان جاز بيعه، جائز في القديم والجديد، وقد صرح المراوزة بجواز السلم فيها.

وفي الرافعي: أن السلم في العلس(٧)، والأرز لا يجوز لاستتارهما في الكمام، وفي الحاوي: في البقول تفصيل: وهو أن منها ما المقصود منه شيئان كالفجل والخَسِّ فإن اللب منها مقصود، والورق مقصود فالسلم فيها باطل، ومنها ما المقصود منه شيء واحد، ولكن يتصل به ما ليس بمقصود، كالجزر، والسلجم فإن ما عليهما من

---

(١) في د: النبات.
(٢) في د: الإطلاق.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: وبعد.
(٧) في جـ: العكس.

الورق غير مقصود فلا يجوز السلم فيها[(١)] إلا بعد قطع ورقه، ومنها ما المقصود منه واحد ولا يتصل به غيره فيجوز السلم فيه وزنا؛ كالبقل، وأما الباذنجان بأقماعه فيحتمل ألا يجوز السلم فيه إلا بعد قطع أقماعه؛ ويحتمل أن يجوز السلم فيه بأقماعه، وقصب السكر لا بأس بالسلم فيه إذا شرط قطع أعلاه الذي لا حلاوة فيه، وهل يشترط قطع مجامع العروق من أسفله؟ فيه خلاف بين أصحابنا، اختيار المزني أنه يشترط كالأعلى، كذا قال الماوردي، ولا يجوز السلم فيه إلا وزنًا.

واعلم أن الشرط الثالث: وهو أن يكون المسلم فيه دينا، يؤخذ من كلام الشيخ هاهنا فإنه لو جاز في العين[(٢)] لما افتقر إلى ذلك؛ كالبيع، نعم لو قال: أسلمت إليك هذه الدراهم في ثوبك هذا لا ينعقد سلمًا؛ لما ذكرناه، وهل ينعقد بيعًا؟ فيه وجهان، حكاهما القاضي الحسين وغيره ومأخذهما أن النظر إلى اللفظ أو إلى المعنى إن نظرنا إلى اللفظ أبطلنا وإن نظرنا إلى المعنى صححنا، قال الإمام: وهذا أصل طرده القاضي.

قال: ولا يجوز حتى يضبط بالصفات[(٣)] التي [تختلف][(٤)] بها الأغراض عند أهل الخبرة.

أي: مما لا يفضي إلى عزة الوجود؛ إذ بذلك يحصل التميز المسوغ للمطالبة وينتفي الغرر وتنقطع المنازعة، ويقوم مقام الوصف وصف ثوب ثم يسلم في آخر بصفته، وكذا قوله: أسلمت إليك في ثوب كهذا الثوب، أو في مائة صاع من الحنطة كهذه الحنطة عند صاحب التهذيب، والأصح عند الغزالي في الوسيط على ما حكاه عند الكلام في بيع الحنطة أنه لا يقوم مقامه، وذلك ما صرح به العراقيون كما هو مقتضى كلام الشيخ، ويشترط مع الوصف أن يعرف المتعاقدان الصفات المذكورة، فلو جهلها أحدهما لم يصح، ولو ذكرا أوصافًا علماها دون غيرهما لم يصح على المنصوص.

وفي الرافعي: حكاية وجه فيه، ويشبه أن يكون منسوبًا إلى القفال. فإن الفوراني

---

(١) في جـ، د: فيهما.

(٢) في جـ: المعين.

(٣) في د: بالصفة.

(٤) في التنبيه: يختلف.

حكي [عنه][١] أنه قال: إنما قال ذلك - يعني الشافعي - على سبيل الاحتياط ولا نزاع في الصحة إذا علم الأوصاف أهل الاستفاضة، ولو لم يعلمها إلا عدلان فوجهان.

أظهرهما: الصحة، ويجري الوجهان فيما لو لم يعرف المكيال الذي عيناه إلا عدلان، وكل صفة اشترطت فهي منزلة على أقل الدرجات، حتى إذا أُتي بما يقع عليه اسم الوصف المشروط كفى، وهل يشترط مع ذكر الأوصاف المقصودة ذكر الجودة أو الرداءة؟ فيه وجهان.

مختار العراقيين، والقاضي الحسين منهما[٢] الاشتراط، وهو ظاهر النص، والأظهر عند الرافعي، والغزالي مقابله، وادعى الإمام اتفاق الأئمة عليه.

وقد جرت عادة الأئمة ببيان ما يجب ذكره من الشرائط في المسلم فيه واستيعابها في جميع الأشياء أو أكثرها بطول فلنقتصر منها على ذكر ما يتيسر: فالحبوب يحتاج فيها إلى ذكر الجنس فيقول: قمح، أو شعير، وهذا ليس من الصفات، فإن الجنس أصل الشيء وأصل الشيء لا يكون صفة له، كما صرح به البندنيجي، ولكنه من جملة الشرائط، ولم يتعرض له الشيخ فاحتجنا إلى ذكره مع أنه لا يتصور ذكر الصفات بدونه، ولذلك لم يذكره الشيخ.

والنوع: مثل الصعيدي، والبحري، واللون من البياض، والحمرة، والسمرة، والقدر؛ كصغر الحبة أو كبرها، أو توسطها، والضخامة والرقة؛ لأن الرقيق أقل دقيقًا، وهل هي مسقية أو غير مسقية، وهل هي جديدة أو عتيقة على النص.

وفي الوسيط: أنه لا يجب التعرض للجدة والعتق، ولا يشترط عليه تقدير ما مضى من المدة.

وفي تعليق القاضي الحسين: أنه يصف ذلك بحصاد عام مسمى إن كان في البلد من يميز بينهما، فإن لم يكن لم يجز.

وحكم التمر حكم الحبوب، ومن أصحابنا من قال يحتاج فيه أن يذكر أنه عتيق عام أو عامين، وهو قول البصريين، ويحتاج فيه إذا اختلف جنسه في البُلْدَانِ [أن][٣]

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: منها.
(٣) سقط في د.

يذكر البلد مثل البرني[(١)]، فإن برني[(٢)] بغداد إذا أحلى؛ لعذوبة أرضها، وبرني البصرة أنقى؛ لملوحة أرضها ومائها نص عليه في الأم، وذلك يعضد قول تعيين النوع إذا اختلف في الإبل كما سنذكره، وحكم الرطب حكم التمر إلا في اشتراط العتق والحداثة فإنه لا يكون إلا حديثًا، واعتبر الغزالي فيه ذكر [الحداثة والعتق][(٣)].

فرع: لو أسلم في تمر منزوع النوى هل يصح؟ فيه وجهان في الحاوي، وإذا صححناه يكون المعتبر فيه الوزن؛ لأنه يتجافى في المكيال.

والدقيق يذكر فيه ما يذكر في القمح، ويزيد عليه ثلاثة أشياء:

ذكر ما يطحن به من رحى الدولاب، أو الماء.

والثاني: خشونة الطحن ونعومته.

والثالث: قرب زمان الطحن وبعده؛ فإنه قد يبعد زمانه في الطحن، قاله[(٤)] الماوردي

والعسل يذكر بلده كما قال الماوردي، والناحية من البلد، وأنه جبلي، أو بلدي صيفي، أو خريفي، والجبلي والخريفي أجود، وأنه أبيض، أو أصفر، ويبين المرعى ولا حاجة إلى ذكر الحداثة والعتق، قاله الرافعي.

وحكى الماوردي: أنه يجب ذكر الحداثة والعتق ويقبل ما رق[(٥)] منه بسبب الحر دون ما رق[(٦)] لعيب فيه، [وله أن يمنع من قبض المصفى بالنار فإنه تعيب][(٧)] قاله أبو الطيب وغيره، وفي النهاية: أن ذلك فيما إذا أثرت النار في انعقاد أجزائه، أما إذا كانت لينة فهو كالمصفى بالشمس.

وفي التتمة: أن المصفى بالنار لا يصح السلم فيه.

والحيوان يحتاج فيه إلى ذكر الجنس: إبل، أو بقر، أو غنم، والنوع كنعم بني فلان إذا[(٨)] كثر عددهم وعرفت بهم كبني قيس، وأما بالنسبة[(٩)] إلى طائفة القبيلة فهو

---

(١) في جـ: البري.

(٢) في جـ: البري.

(٣) في د: العتق والحداثة.

(٤) في جـ: قال.

(٥) في جـ: رقته.

(٦) في د: رفته.

(٧) سقط في د.

(٨) في جـ: أو.

(٩) في جـ: النسبة.

كتعيين البستان في الثمار، ولو اختلفت نَعَمُ بني فلان إلى عِرَابٍ ومَهْرِيَّة وبَخْتِيَّةٍ فلا بد من تعيين ذلك على أصح القولين، و [أما][(١)] ما لا يبين نوعه من الحيوانات بالإضافة إلى قوم يبين بالإضافة إلى بلد وغير بلد، ويجب ذكر الذكورة والأنوثة، والسن، واللون، والطيور إذا جوزنا السلم فيها، كما يقتضيه إطلاق الشيخ يذكر فيها النوع، والصغر، والكبر من حيث الجثة، ولا يكاد يعرف سنها فإن عرف وصفه.

فرع: لو شرط كون الشاة لبونًا؛ ففي الأم حكاية قولين، أحدهما: لا يصح، والثاني: يصح، وتسلم إليه الشاة بعد حلبها، والرقيق يحتاج فيه إلى ذكر النوع، فيقول: تركي، أو رومي، وهل يجب التعرض لصنف النوع إن كان فيه اختلاف؟ فيه القولان، واللون إذا اختلف لون الصنف فإن لم يقع فيه اختلاف، كالزنج فلا يشترط ذكره، والذكورة والأنوثة والسن فيقول: محتلم، أو ابن سبع، وهو مجري على التقريب، حتى لو شرط أنه ابن سبع بلا زيادة ولا نقصان لم يصح، والرجوع في الاحتلام إلى قول العبد وفيما دونه إن كان مولدًا فإلى قول من ولد عنده، وإن لم يكن، ونشأ في بلاد الكفر فالمعتبر فيه ظنون النخاسين، وأهل الخبرة بالرقيق، والقد؛ فيبين أنه طويل أو قصير، أو ربع. صرح به العراقيون.

وفي النهاية حكاية عنهم: أنه لا يعتبر، وشدد النكير عليهم فيه.

وعن البندنيجي : أن الصغر يقال فيه: رباعي، أو خماسي، ومعناه أربعة أشبار، أو خمسة، أما الرجل فلا يحتاج أن يذكر فيه الطول بالأشبار. وسكت عن اعتبار شيء آخر، وفي الحاوي أنه لا بد من ذكر حال بدنه، فيقول: سمينا أو دقيقًا[(٢)]، وفي اعتبار شرط الكحل والدعج وتكلثم الوجه، وسمن الجارية وما أشبه ذلك وجهان.

قول الشيخ أبي محمد منهما: الاشتراط، والأظهر أنه لا يشترط، وهو مذهب العراقيين صرح به القاضي أبو الطيب، وقاس عليه الجعودة والسبوطة.

وفي اشتراط ذكر الملاحة تردد للقفال بناءًا على أنها من جملة المعاني، والمرجع فيها إلى ما يميل إليه الطبع، ولا يجب ذكر الثيوبة، والبكارة على الأصح.

وعن الصيمري: أنه يجب، وبه أجاب في المهذب، والحاوي، وهو الأولى، وفي

(١) سقط في د.
(٢) في د: رقيقا.

حلية الشاشي: أن من أصحابنا من قال إن كان الثمن يختلف به، وجب ذكره.

فروع:

لو أسلم في جارية مغنية - نظر: إن كان غناءً مباحًا، وهو بغير[1] آلة الملاهي جاز، وإن كان غناءً محرمًا بآلة الملاهي من مزمار، أو عود؛ ففي الحاوي حكاية وجهين في صحة السلم، وأصحهما: أنه لا يصح.

ولو أسلم في عبد شاعر لم يجز؛ لأن الشعر طبع لا يمكن تكليفه ولا فعله، فيبعد أن يكون العبد بالأوصاف المذكورة مطبوعًا على قول الشعر بخلاف سائر الصنائع، ولو أسلم في أمة سارقة، أو عبد زان، ففيه وجهان في الحاوي.

واللحوم: يشترط فيها ذكر الجنس، فيقول: لحم إبل، أو بقر، أو غنم، والنوع؛ مثل لحم بختي، أو عِرابي، كما حكاه العمراني، أو جواميس، أو بقر أهلي، أو وحشي، أو ضأن أو ماعز، والذكورة والأنوثة، وإذا بين الذكر فليبين أنه خصي، أو غير خصي، وذلك لا يعتبر في الوحشي، والسن فيقول صغير، أو كبير، ومن الصغير مرضع، أو فطيم ومن الكبير جَذَع أو ثنيّ، والمأكول فيقول راعية، أو معلوفة، ويبين ما يأكله، والراعية في الإبل أطيب قاله مجلي والمعتبر من العلف ما يؤثر في اللحم، وهذا الشرط لا يجيء في لحم الصيد؛ إذ لا تكون إلا راعية، والمحل فيقول: من الكتف، أو من الفخذ، أو الجنب.

والسمن والهزال، وفي الوسيط أن شرط الهزال لا يجوز؛ لأنه عيب لا ينضبط، قال مجلي: قال بعض أصحابنا: إنما كره الشافعي الأعجف؛ لأنه هزال مع داء ومرض، فلا يمكن ضبطه والذى عليه عامة الأصحاب ما ذكرناه أولاً، وإنما الممنوع أن يشترط الأعجف.

وإذا أطلق السلم فيه وجب قبول ما فيه من العظم على العادة، وإن شرط نزع العظم جاز، ويشترط في لحم الصيد أن يقول: لحم صيد صيد بأحبولة، أو سهم، أو بجارحة ويبين أنها كلب، أو فهد؛ لأن صيد الكلب أطيب لطيب نكهته، وفي لحم الطير والسمك يبين الجنس والنوع والصغر والكبر من حيث الجثة، ولا حاجة إلى

---

(١) في جـ: تغير.

ذكر الذكورة والأنوثة إلا إذا أمكن وتعلق به غرض، ولا يلزم قبول الرأس [أو[(١) الرجل من الطير والرأس والذنب من السمك [وكان بعض أصحابنا البصريين يقول ما كان من الطير صغيرًا، لا يحتمل أن يباع مبعضًا لزمه فيه أخذ الرأس والرجلين، وكذا ما كان من الحيتان صغيرًا يلزم فيه أخذ الرأس والذنب لأنه يؤكل معه ويطبخ والمذهب الأول(٢).

وأما أخذ الجلد مع اللحم فإن كان لحم إبل، أو بقر، أو غنم لم يلزمه أخذه، وإن كان لحم طير، أو حوت لزمه؛ لأنه مأكول معه ولا يكاد ينفصل عنه، وكذا الحكم في السلم في الجدا الصغار يلزمه قبول الجلد](٣).

واللبن يحتاج فيه إلى ذكر ما يذكر في اللحم إلا الثالث، وهو الأنوثة، والسادس وهو المحل، ويعتبر نوع العلف ولا حاجة إلى ذكر اللون، ولا إلى ذكر الحلاوة، بل لو أسلم في اللبن الحامض لم يجز؛ لأن الحموضة عيب، ولذا لا يشترط إلى ذكر أنه حليب(٤) يومه أو أمسه كما صرح به البندنيجي، فإذا أتاه بحليب أمسه ولم يتغير وجب قبوله، وسيأتي كلام الماوردي بما يخالفه.

والسمن: يذكر فيه ما يذكر في اللبن، ويحتاج إلى التعرض إلى أنه أصفر، أو أبيض، ولا يحتاج إلى ذكر العتق والحداثة عند الشيخ أبي حامد؛ لأن العتيق معيب لا يصح السلم فيه.

قال القاضي أبو الطيب: العتيق المتغير هو المعيب، لا كل عتيق فيجب البيان(٥).

---

(١) سقط في د.

(٢) قوله: ولا يلزم قبول الرأس والرجل من الطير، والرأس والذنب من السمكة، وكان بعض أصحابنا من البصريين يقول: ما كان من الطير صغيرًا لا يحتمل أن يباع مبعضًا، لزمه فيه أخذ الرأس والرجلين، وكذا ما كان من الحيتان صغيرًا، يلزم فيه أخذ الرأس والذنب؛ لأنه يؤكل معه ويطبخ. والمذهب: الأول. انتهى.
وهذا الذي جزم به من وجوب القبول في رأس الحوت، ولم يحك فيه خلافا إلا وجها في الصغار - وهو الصواب كما أوضحته في «المهمات» فاعلمه؛ فإن الرافعي قد جزم بخلافه؛ فربما توهم الواقف عليهما أن المذكور هنا غلط. [أ و].

(٣) سقط في د.

(٤) في جـ: طيب.

(٥) قوله: ولا يحتاج في السمن إلى ذكر العتق والحداثة عند الشيخ أبي حامد؛ لأن العتيق معيب لا يصح السلم فيه.
قال القاضي أبو الطيب: العتيق المتغير هو المعيب، لا كل عتيق؛ فيجب البيان. انتهى.

=

والزبد: يذكر فيه ما يذكر في اللبن والسمن، ويذكر أنه زبد يومه أو أمسه.

والجبن: يذكر فيه ما يذكر في اللبن أيضًا، ويحتاج إلى وصفين: البلد الذي فيه الجبن، وأنه رطب أو يابس كذا. قال العمراني وفي الحاوي: يقيد الأول بما إذا كان الجبن يابسًا، وأنه إذا ذكر الرطب احتاج إلى أن يقول جبن يومه كما يذكر ذلك في الزبد واللبن.

والصوف: يجب فيه ذكر بلده ولونه وطوله وقصره وأنه ربيعى أو خريفي، والخريفي أصلح، وأنه من ذكر أو أنثى، وصوف الإناث أشد نعومة ولا يقبل إلا نقيًّا من الشوك والبعر، وإن شرط أن يكون مغسولاً جاز وإلا أن يعيبه الغسل والوبر والشعر؛ كالصوف.

والقطن يجب فيه ذكر البلد واللون، وكثرة لحمه وقلته، والخشونة والنعومة، والعتق، والحداثة إن اختلف الغرض بذلك.

وزاد الماوردي ذكر أنه لقط رطبًا أو يابسًا، فإن ما لقط رطبًا أنعم وأضعف، وما لقط يابسًا أقوى وأخشن، ويذكر طول شعرته وقصرها، ووقت لقاطه من حر أو برد، فإنه يختلف[(١)] به لا سيما بالبصرة، وإن كان لا يختلف في بلد فلا حاجة إليه، والمطلق يحمل على الجاف، وما فيه من الحب، ويجوز السلم في الحليج وحب القطن، ولا يجوز في القطن في الجوز قبل التشقق، وأما بعده ففي التهذيب: أنه يجوز.

وقال في التتمة: ظاهر المذهب أنه لا يجوز، وهو ما أطلقه العراقيون حكاية عن النص.

والإبريسم: يذكر فيه البلد، واللون، والدقة، والغلظ، ولا حاجة إلى ذكر النعومة والخشونة، ولا يجوز السلم في القز وفيه الدود حيًّا أو ميتًا، ويجوز السلم فيه بعد

= وما نقله عن القاضي من وجوب البيان مطلقا قلد فيه الرافعي، وليس كذلك؛ فقد نقل صاحب «الشامل» عنه: أنه إن اختلفت قيمته وجب، وإلا فلا، فقال ما نصه: قال القاضي: ويقول حديث أو عتيق، إن كان يختلف. وقال الشيخ أبو حامد: قال الشافعي: إطلاقه يقتضي الحديث؛ فإن العتيق معيب، وإنما يصلح للجراح. وقال القاضي: العتيق الذي تغير لا يدخل فيه؛ لأنه معيب، وليس كل عتيق متغيرا. هذا لفظه. [أ و].

(١) في جـ: مختلف.

إخراج الدود منه، وإن كان لا يمكن سلُّه ولا يدور في القدر بسبب قطع طاقِهِ؛ لأنه يطبخ ويغزل ويعمل منه ثياب القز، قاله أبو الطيب.

وإن أسلم في الغزل ذكر فيه ما يذكر في القطن، ويذكر الدقة[(١)] والغلظ، ويجوز شرط كونه مصبوغًا، ولا بد من بيان الصبغ.

والثياب: يجب فيها بيان الجنس إما من إبريسم، أو كتان، أو قطن، والنوع والبلد الذي ينسج فيه، إن اختلف به الغرض والغلظ [والرقة،][(٢)] والصفاقة، والدقة، والنعومة، والخشونة، ويجوز في المقصور، والمطلق محمول على الخام.

وفي تعليق القاضي أبي الطيب حكاية عن النص: أنه إذا لم يذكر شيئًا أعطاه ما شاء، ويجوز السلم في القميص والسراويلات، إذا ضبط طولها وعرضها وضيقها وسعتها.

فرع: لو أسلم في ثوب وشرط فيه[(٣)] وزْنًا معلومًا ففيه وجهان:

أحدهما: وهو اختيار الشيخ أبي حامد: أنه لا يصح. حكاه في الحلية، واختيار القاضي أبي الطيب، في تعليقه: الصحة، وفصل الماوردي، فقال: إن أمكن نسجه بذلك الطول والعرض والوزن جاز، وكان أولى، وإن كان ذلك يتعذر على صناعه لم يجز.

والرصاص: [بفتح الراء][(٤)] يذكر نوعه من قلعي، وغيره ويصفه بالنعومة أو الخشونة واللون إن كان يختلف.

والنحاس: بضم النون يذكر فيه نوعه من مرسي أو غيره ولونه، وخشونته، ولينه.

والحديد: يذكر فيه النوع، وأنه ذكر أو أنثى، والذكر منه على ما قاله القاضي الحسين الفولاذ، والأنثى اللين الذي يتخذ منه الكوافي، ويذكر لونه وخشونته، ولينه.

والأحجار: مثل حجارة الأرحية.

والأبنية: يذكر فيها النوع، واللون، والطول، والعرض، والطريق في معرفة دور عرضها أن يتخذ خيطًا فيخاط به ثم يذرع الخيط ويذكر الوزن، فإن كان لا يتأتى بالقبان وضع في شقتيه [شيء موزون][(٥)] ويعلم على القدر الذي انتهى إليه الماء، ثم

---

(١) في د: الرقة. (٢) سقط في ج. (٣) في ج: ما فيه.
(٤) سقط في د. (٥) سقط في د.

يخرج منها ويوضع فيها الحجارة إلى أن ينتهي الماء إلى ذلك الموضع، وكذلك الحكم في الخشب الكبير إذا أسلم فيه، قاله القاضي الحسين، وأبو الطيب.

قال: إن ذكر الوزن في حجارة الأرحية جاز، وإن لم يذكره جاز، والحجارة الصغار التي تصلح للحشو لا يجوز السلم فيها إلا وزنًا، وينسبها إلى الصلابة، وإذا ذكرها لا يلزمه أن يقول كذانا، وكذا حجارة الأبنية تحتاج إلى ذكر الوزن.

والأخشاب أنواع، فالحطب يذكر فيه مع النوع الغلظ والرقة[(١)]، وأنه من نفس الشجر، أو من أغصانه، ولا يجب التعرض للرطوبة والجفاف، والمطلق محمول على الجاف، والذى يطلب للبناية يذكر فيه النوع، والطول، والغلظ، والرقة ومنهم من اعتبر التعرض للون، ولا حاجة إلى ذكر الوزن خلافًا للشيخ أبي محمد، ولو ذكره جاز، ولا يجوز السلم في المخروط منه؛ لاختلاف الأعلى والأسفل.

قال القاضي أبو الطيب:

ويلزمه أن يسلمه إليه بالصفة المذكورة من الطرف إلى الطرف، فإن كان أحد طرفيه أغلظ مما شرط أجبر على قبوله، والذى يطلب للقسي، والسهام يذكر فيه النوع، والدقة، والغلظ، ورأى بعضهم التعرض لكونه سهليًّا، أو جبليًّا؛ لأن الجبلي أصلح لها، والله أعلم. ويذكر الرطب واليابس، والمقدار بالوزن، ولا يجوز أن يسلف فيه جزافًا، ولا عددًا قاله أبو الطيب.

والعطر: مثل المسك، والعنبر، والكافور، يذكر فيه النوع فيقول: عنبر أشهب، أو أبيض، أو أخضر، أو قطع، أو فتات.

قال الشافعي: [العنبر:][(٢)] أخبرني عدد ممن أثق به أنه نبات يخلقه الله تعالى بحافات البحر.

قال : **[ولو شرط فيها][(٣)] الأجود لم يصح.**

لأن أقصاه غير معلوم فكأنه شرط شيئًا مجهولاً.

وأيضًا فإنه[(٤)] ما من شيء يأتي به إلا والمسلم يطالبه بأجود منه تمسكًا باللفظ،

---

(١) في د: الدقة. (٢) سقط في ج.

(٣) في د: فإن شرط فيه، وفي التنبيه: فإن شرط فيها.

(٤) في ج، د: فإن.

فيدوم النزاع بينهما.

فإن قيل: مدلول لفظ الأجود إن كان واحدًا ينبغي أن ينزل العقد عليه ولا منازعة ولا جهالة وإن كان متعددًا يقع على كثيرين[١]، فينبغي أن ينزل العقد على أول درجات الأجود كما قلتم في سائر الصفات.

قلنا: قد قال بعض أصحابنا بصحة العقد [تخريجًا][٢]، على ما حكاه الشيخ أبو حامد، وعلى المذهب، فنقول المدلول واحد لكن بالنسبة إلى شيء آخر غير معين؛ فلذلك امتنع تنزيل العقد عليه.

قال: وإن **[أسلم في][٣] الأردأ فعلى قولين:**

أحدهما: وهو المنصوص في المختصر أنه لا يصح؛ لما ذكرناه من عدم الوقوف على أقصاه.

وأصحهما: الجواز؛ لأنه إذا أتى برديء لم يطالبه المسلم بما هو أردأ منه، وإن طالبه به كان معاندًا فيمنع منه ويجبر على قبول ذلك]، وقد تقدم أن شرط الجودة والرداءة معتبر عند العراقيين، وادعى القاضي أبو الطيب أن المذهب لا يختلف في جواز اشتراط ذلك.

والمراد بالرداءة: ثَمَّ رداءة النوع والصفة؛ لا رداءة العيب؛ لأنها لا تنضبط وألحق المراوزة بها رداءة الصفة أيضًا من حيث إنه ما من رديء إلا وهناك ما هو خير منه، وإن كان رديئًا فيفضي إلى النزاع، وسلكوا بذلك مسلك الأجود.

[تنبيه: الأردأ مهموز.

قال أهل اللغة: يقال: رَدُؤَ الشيء بضم الدال يَرْدُؤُ بضمها أيضًا رداءة فهو رديءٌ وأردأ[٤] وهو أردأ من غيره، كله مهموزٌ][٥] .

قال: **وما لا يضبط بالصفة لا[٦] يجوز السلم فيه[٧].**

للجهل بالمعقود عليه [قال][٨]: «**كالجواهر**» أي مثل اللؤلؤ الكبير، والياقوت، والبلجين[٩]، والزبرجد، والمرجان ورأى الإمام وغيره المنع من ذلك لعزة الوجود،

---

(١) في د: كثير. (٢) سقط في د. (٣) في التنبيه: شرط.
(٤) زاد في جـ: به. (٥) سقط في د. (٦) في التنبيه: فلا.
(٧) في التنبيه: فيه السلم. (٨) سقط في د. (٩) في جـ: البلحش.

فإنه لا بد فيه من التعرض للحجم والشكل والوزن والصفاء؛ لعظم تفاوت القيمة باختلاف هذه الأوصاف واجتماع المذكور فيها نادر، وألحق الفوراني بذلك السلم في بطيخة واحدة. [فإنه قلَّما توجد بطيخة واحدة][١] بالوزن المذكور على الصفة المشروطة.

أما اللؤلؤ الصغير إذا عم وجوده فيجوز السلم فيه وزنًا وكيلاً، وقد اختلف الأصحاب في حده، فمنهم من قال: ما يطلب للتداوي فهو صغير، وما يطلب للتزين فهو كبير.

وعن الشيخ أبي محمد: أن ما وزنه سدس دينار يجوز السلم فيه، وإن كان يطلب للتزين؛ لعموم وجوده.

قال الرافعي: والوجه أن يكون اعتبار السدس بالتقريب.

والبَلُّور: قال الماوردي: لا بأس بالسلم فيه؛ لأن صفته مضبوطة بخلاف العقيق؛ فإن الحجر الواحد منه يختلف.

قال: والحيوان الحامل؛ لأن وجود الحمل مع ما ذكرناه من الصفات يعز وجوده.

وقيل: هذا إذا قلنا إن الحمل يقابله قسط من الثمن، وهو الصحيح؛ لأنه لا يمكن وصف ما في البطن فيمتنع السلم فيه كذلك، وهو الذي يقتضيه كلام الشيخ.

أما إذا قلنا: لا يقابله [قسط][٢] جاز السلم فيه، وهذه طريقة أبي إسحاق وأبي علي الطبري، وابن القطان[٣].

والطريق الأول أصح عند القاضي أبي الطيب.

قال: وما دخله[٤] **النار كالخبز والشواء،** أي[٥] وما أشبه ذلك مثل العسل المصفى بالنار، والسكر، والفانيذ، والسمن، واللبأ؛ لأن تأثير النار لا يمكن ضبطه، ولأن الصنعة قد تصلح الفاسد منه[٦]، وتفسد الجيد، واختيار القاضي أبي الطيب في اللبأ جواز السلم، وهو وجه حكاه المراوزة في الجميع؛ لأن لتأثير النار في ذلك نهاية مضبوطة، ورجحه الإمام في الخبز، والأكثرون على خلافه فيه؛ لأنه إذا لم يجز السلم في العجين قبل خبزه، وهو أقل جهالة؛ فلأن لا يجوز في الخبز مع كثرة جهالته أولى،

---

(١) سقط في جـ. (٢) سقط في د. (٣) في د: العطار.
(٤) في التنبيه: دخلته. (٥) سقط في د. (٦) في جـ: فيه.

ورجح الماوردي هذا الوجه في السكر والفانيذ والقند.
وجزم به في العسل والسمن.
وحكى الإمام طريقة قاطعة بجوازه في السكر والفانيذ.
والشواء ممدود.
وهل يجوز السلم في السويق إذا جوزنا السلم في الدقيق؟ فيه وجهان في الحاوي.
وهل يجوز في الماورد ؟ تردد فيه صاحب التقريب.
وحكى الماوردي فيه وجهين، ولا عبرة بتأثير السمن فيجوز في العسل المصفى بها، ويلحق بنوع ما دخله النار ما دخله السوس، أو البلل، أو العفن من الطعام.
قال الماوردي : لأن ذلك لا ينضبط.
فائدة: إذا جوزنا السلم في الخبز احتيج فيه إلى ذكر البلد والنوع، وأنه رطب، أو يابس، وإذا جُوِّز في السكر احتيج فيه إلى ذكر الناحية ونوع القصب، واللون، والقوة[١]، والحداثة، والعتق، والقد.
قال: وما يجمع أجناسًا مختلطة أي مقصودة غير مضبوطة، وقد يوجد في أكثر النسخ بدل «مختلطة»، «مختلفة»، والصواب ما ذكرناه، وهو الذي وقفت عليه في نسخة عليها خط المصنف - رحمه الله - لأن الأجناس، لا تكون إلا مختلفة وقال[٢] النواوى: وإنما يحتاج إلى التقييد بمختلطة فإنها قد لا تكون مختلطة.
قال كالقسي: أي العجمية (وهو)[٣] بكسر القاف والسين وتشديد الياء، جمع قوس، ويجمع على أقواس وقياس، وكان أصل قسي قووسًا.
قال: والنبل[٤] **المريش**، النبل: السهام العربية.
قال أهل اللغة: ولا واحد لها من لفظها، وجمعها: نبال، وأنبال.
قال ابن مكي: من غلط العامة قولهم لواحد النبل نبلة؛ وإنما هو سهم وقدح.
والمريش: بفتح الميم، وكسر الراء، وإسكان الياء، يقال: رشته أريشه ريشًا فهو مريش، كبعته أبيعه بيعًا فهو مبيع، وهو الذي جعل فيه ريش.
قال: والغالية: وهو[٥] طيب متخذ من مسك وعنبر خلطا بالدهن.

---

(١) زاد في جـ: واللين.
(٢) في د: قال.
(٣) في د: وهي.
(٤) في جـ: واللبن.
(٥) في د: وهي.

قال الجوهري: يقال أول من سماها بذلك سليمان بن عبد الملك[(١)] يقول تغليت بالغالية.

قال: **والند** وهو بفتح النون، مسك وعنبر وعود خلط بغير دهن.

[قال][(٢)]: **والخفاف** وفي معناها النعال، وقد حكى الماوردي عن ابن سريج جواز السلم في الخفاف والنعال.

أما النبل غير المريش إذا لم ينحت فيجوز السلم فيه وزنًا.

وقال أبو علي الطبري، إن أمكن ضبط طوله وعرضه جاز السلم فيه عددًا، وإن نحت فلا يجوز السلم فيه أيضًا.

وفي الحاوي حكاية قول في جوازه إذا ضبط نحتها ووصفها، وعزاه إلى نصه في الأم، وصححه، وجعل الحكم في القسي على هذين الحالين، ففي الحالة الأولى لا يصح، وفي الثانية قولان.

والمغازل كالنبال.

والترياق[(٣)] المخلوط كالغالية والأدهان المطيبة كدهن البنفسج والبان والورد وإن خالطها شيء من الطيب لم يجز السلم فيها، وإن تروح السمسم بها ثم اعتصر جاز.

والشهد في جواز السلم فيه وجهان:

أصحهما: الجواز، ومقابله هو الذي أورده الماوردي، ورواه ابن كج عن النص.

قال: **والثوب المصبوغ؛ لأن الصبغ مع ما ذكرناه يمنع من الوقوف على نعومة الثوب وخشونته وإدراك صفته.**

وفي الحاوي: أنه يجوز كما لو أسلم في ثوب صبغ غزله ثم نسج، واختاره الشاشي. وهو الأصح عند الإمام، ولم يحك عن شيخه سواه.

قال: **فإن أسلم في ثوب صبغ غزله، ثم نسج، أو في ثوب قطن سداه إبريسم جاز.**

---

(١) هو: سليمان بن عبد الملك بن مروان، أبو أيوب: الخليفة الأموي، ولد في دمشق سنة أربع وخمسين، وولي الخلافة يوم وفاة أخيه الوليد سنة ست وتسعين، وكان بالرملة، فلم يتخلف عن مبايعته أحد. وتوفي سنة تسع وتسعين.
ينظر: وفيات الأعيان (٢/ ٤٢٠)، وشذرات الذهب (١/ ١٦٦)، وسير أعلام النبلاء (٥/ ١١١).

(٢) سقط في د.

(٣) في جـ، د: الرياق.

أما في الأولى؛ فلأن[(١)] لونه يجري مجرى لون الغزل فإنه ينسج على صفته كما ينسج على لون الغزل، ويحتاج في وصف الصبغ بعد وصف الغزل إلى ذكر اللون وما يصبغ به، والبلد الذي يصبغ فيه وأنه صبغ بالصيف أو الشتاء، كذا قال الماوردي.

وأما في الثانية فللعلم بالمخالط[(٢)].

وقيل: لا يجوز فيها؛ لأنه مختلط من جنسين فكان كالغالية، والقلنسوة المحشوة، وهذا ما حكاه الماوردي، ويخرج على الوجهين السلم في الثوب المعمول عليه طراز بالإبرة بعد النسج من غير جنس الأصل؛ كالإبريسم على القطن والكتان، فإن[(٣)] كان تركيبها بحيث لا تضبط أركانها فهي كالمعجونات، ولو أسلم في ثياب الخز ففي الصحة وجهان في الحاوي.

ووجه المنع: أنه لا يدرى من أي شيء يوجد.

تنبيه: [السَّدى][(٤)] بفتح السين مقصور.

قال الجوهري[(٥)]: والسَّداة مثله وهما سَدَيان، والجمع أَسْدِيَةٌ.

تقول منه: أسديتُ الثوب وأَسْتَيْتُه، والسدى هو المستتر، واللحمة هي التي تشاهد، كذا قال [النواوي][(٦)]، والذى نعرفه العلس واللحمة بضم اللام وفتحها.

قال ابن الأعرابى. لحمة القرابة ولحمة الثوب مفتوحتان[(٧)]، واللحمة بالضم ما يصاد به الصيد، وجمهور أهل اللغة يقولون لحمة بالضم في الثلاثة.

فرع: لو أسلم في الصفر جاز على الأصح؛ لأن أخلاطه مقدرة، وإن زيد فيها أو نقص فسد، وهذا ما أخبرنا عنه قبل، وقد منع منه أيضًا بعض أصحابنا [لأنه أخلاط تجمع وتَسبك][(٨)] وكذا أجرى في منع السلم في جوهر الزجاج؛ لأنه أخلاط مجموعة ذكره الماوردي.

قال: وإن أسلم في الرءوس أي بعد التنقية من الشعر ففيه قولان:

---

(١) زاد في د: كونه.

(٢) في د: المخالطة.

(٣) في د: وإن.

(٤) سقط في ج.

(٥) سقط في ج.

(٦) سقط في ج.

(٧) في ج: مفتوحان.

(٨) سقط في د.

أحدهما: أنه يجوز؛ لأنه لحم وعظم فكان كسائر اللحوم.

والثاني: وهو الصحيح: أن لا يجوز لاشتمالها(١) على أبعاض مختلفة، وهي المناخر والمشافر وغيرها وتعذر ضبطها؛ ولأن معظمها العظم، وهو غير مقصود، وغير المقصود إذا انضم إلى المقصود كثر فيه الغرر، فمنع الصحة] كالعجف بخلاف سائر اللحوم.

ويجري الخلاف في الأكارع، ورأى الغزالي، الأصح فيها الجواز، ورمز القاضي أبو الطيب إلى القطع بالمنع فيها، وحيث جوز السلم في ذلك فيكون بالوزن وبالعدد حتى لو اقتصر على أحدهما لم يصح، قاله الماوردي، واعتبر ابن كج في الرءوس على قول الجواز أن تكون(٢) المشافر والمناخر منحاة عنها، وهذا الاعتماد عليه، أما إذا لم تكن منقية من الشعر فلا يجوز السلم فيها.

قال: وإن أسلم في المخيض وفيه الماء لم يجز؛ لاختلاطه(٣) بما لا منفعة فيه [ومنعه من ضبطه](٤) وكذا الحكم في المصل، لكن لما فيه من الدقيق، والكشك يلحق به.

وفي الجيلي حكاية وجه عن البسيط أنه يجوز السلم في المخيض، أما إذا لم يكن فيه ماء بل محض اللبن لا غير جاز السلم فيه إذا وصفه بالحموضة قاله الرافعي، وفي «الحاوي»: أن السلم في اللبن الحامض لا يجوز(٥)، وفي اللبن القارص، وهو أن يتجاوز صفة الحليب إلى أول صفات الحامض، أن شيخه أبا القاسم الصيمري كان

---

(١) في جـ: لا سيما له.

(٢) في جـ: يكون.

(٣) في جـ: باختلاطه لما.

(٤) سقط في د.

(٥) قوله: أما إذا لم يكن فيه - أي في المخيض - ماء بل مخض اللبن لا غير جاز السلم فيه إذا وصفه بالحموضة، قاله الرافعي.
وفي «الحاوي»: أن السلم في اللبن الحامض لا يجوز. انتهى.
فيه أمران:
أحدهما: أن ظاهر كلامه يقتضي أن الرافعي يقول باشتراك وصفه بالحموضة، وليس كذلك؛ بل إنما ذكر أن وصف اللبن به لا يضر، فقال: وحينئذ فوصفه بالحموضة لا يضر؛ لأن الحموضة مقصورة فيه. هذا لفظه.
الثاني: ما نقله عن «الحاوي» يقتضي أنه في المسألة بحالها، وأنه وجه مخالف لما يقوله الرافعي، وهو غلط؛ فإن ما قاله الماوردي في اللبن - من حيث قد صرح الرافعي قبل هذا بقليل - بموافقة ما قاله فيه، وجزم به فقال: بل لو أسلم في اللبن الحامض لم يجز؛ لأن الحموضة عيب. هذا لفظ الرافعي. [أ و].

يقول بجواز السلم فيه، وإن غيره [من أصحابنا][1] قال: لا يجوز؛ لأنها صفة لا تنضبط وصححه.

قال: وإن أسلم في الجبن وفيه الأنفحة، أو في خل التمر وفيه الماء جاز لأنه لا غنى لهما عن ذلك، وقوامهما به بخلاف المخيض.

وقيل: لا يجوز السلم فيهما كالمخيض، ورجحه الإمام والصيمري في الخل، والأصح الأول فيهما، وهما جاريان في السمك المملوح.

وفي النهاية عن حكاية صاحب التقريب: أن الملح إن ظهر له وزن منع، وإن لم يظهر فإن لم يكن له قيمة فلا أثر له والسلم صحيح، وإن كان له قيمة فهو كالثوب المصبوغ بعد النسج والأقط كالجبن.

تنبيه: الجبن: فيه ثلاث لغات أشهرهن وأفصحهن عند ابن الأعرابي وآخرين بإسكان [الباء][2].

والثانية بضمها بلا تشديد.

والثالثة بضمها وتشديد النون.

الإنفحة فيها أربع لغات، أفصحها عند الجمهور بكسر الهمزة، وفتح الفاء، وتخفيف الحاء.

والثانية كذلك مع تشديد الحاء.

والثالثة: بفتح الهمزة مع التشديد.

والرابعة: [منفحة][3] بكسر الميم وإسكان النون وتخفيف الحاء، وهي كرش الخروف والجدي، [ما لم][4] يأكل غير اللبن، وإذا[5] أكل فكرش [جمعها أنافح][6].

قال: وإن أسلم في الرق، والجلود[7] لم يجز:

لأنه لا يمكن ضبطها بالصفات، فإن جلد الورك ثخين قوي، وجلد البطن رقيق لين، وجلد الصدر ثخين لين.

وقيل: إن سوى جوانبها، ودبغت جاز السلم فيها وزنًا، وهذا ما حكاه الرافعي،

(١) سقط في د.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: فما.
(٥) في د: فإذا.
(٦) سقط في د.
(٧) في التنبيه: الجلود والرق.

وحكاه الماوردي مع عدم الجواز.

قال: **وإن أسلم في الورق جاز**؛ لأنه يمكن ضبطه بالصفة فيذكر عدده، ويبين منه النوع والطول، والعرض والبلد والزمان والوزن فيه أحوط.

قال: **وإن أسلم في آنية مختلفة الأعلى والأسفل والأوسط. كالأسطال[(١)] الضيقة الرءوس والمنائر[(٢)] لم يصح** كما في السلم في السهام، وهذا ما حكاه الشيخ أبو حامد.

وقال القاضي أبو الطيب بجوازه، وحكاه عن نص الشافعي في الأم، وطرده في القمقم، فعلى هذا يشترط بعد ذكر الجنس ضبطه بالسعة أو الضيق والصغر، أو الكبر والعمق والثخانة أو الرقة، وهل هو مضروب أو منصوب، فإن ذكر الوزن كان أصح، وإن لم يذكره جاز.

وفي تعليق القاضي الحسين: أنه نص على أن اللبن يجمع فيه بين العدد والوزن، فيقول: كل لبنة وزنها كذا قال: وقياس هذا النص: أن يكون السلم في القماقم والطناجر وغير ذلك مما يكون بصنعة آدمى، يذكر فيه الوزن والعدد.

تنبيه: الواو في قول الشيخ «والأسفل والأوسط» بمعنى «أو»، ولهذا نظائر في كلام العرب، وليس المراد اشتراط اختلاف الأعلى والأوسط والأسفل، بل كل واحد منها مستقل بالحكم المذكور.

والمنائر: جمع منارة بفتح الميم باتفاقهم.

وقال أهل اللغة والنحو جمعها مناور [بالواو][(٣)]؛ لأنها من النور.

وقال الجوهري وغيره: هي مفعلة بفتح الميم من الاستنارة، ويجوز منائر بالهمز تشبيهًا للأصلى بالزائد، كما قالوا مصائب وأصله مصاوب[(٤)].

قال صاحب المحكم: الجمع مناور على القياس، ومنائر بالهمز على غير قياس.

ومن هذا يعرف أن كلام الشيخ صحيح، لكنه لو قال بالواو لكان أجود.

قال: **وإن[(٥)] كان مما[(٦)] لا يختلف كالهاون والسطل المربع جاز** لإمكان ضبطه،

---

(١) في التنبيه: والأوسط والأسفل؛ كالأباريق والأسطال.

(٢) في التنبيه: والمنارات.

(٣) سقط في جـ.

(٤) في د: مصواوب.

(٥) في التنبيه: فإن.

(٦) في التنبيه: فيما.

والهاون: بفتح الواو، وهو معرب، وكان أصله هاوَوْن؛ لأن جمعه هواوين مثل قانون وقوانين فحذفوا الواو الثانية استثقالاً وفتحوا الأولى، فإنه[١] ليس في [كلامهم][٢] فاعل بالضم، قاله الجوهري.

وقال ابن فارس: الهاوون بالواوين عربي، كأنه فاعول من الهون.

وقال الجواليقي: هو فارسى معرب مثل فاعول.

والسطل، يقال له: السيطل وهما معربان.

قال: ولا يجوز السلم إلا في قدر معلوم للخبر. «ويجوز فيما يكال»: أي مثل الحبوب والمائعات، بالكيل وفيما يوزن، [أى][٣]: مثل الخضراوات من البقول، والأجبان والباذنجان، والرمان، والأحجار [والأخشاب][٤] التي يختلف الغرض بوزنها، والعنبر وإن كان يمكن كيله؛ لأن اليسير منه له قدر كثير، والسمن الجامد ونحو ذلك بالوزن.

وهل يجوز بالكيل؟ نظر[٥]: إن كان يتجافا في المكيال فلا؛ [ولأن الكيل يقصر عن تحصيل المقصود][٦]، وإن أمكن من غير تجافٍ جاز كيلاً أيضًا صرح به الماوردي، وأبو الطيب.

والتين يجوز فيه السلم كيلاً أو وزنًا من جنس معروف إذا اختلفت أجناسه، قاله ابن الصباغ. وفيما يذرع مثل الثياب، والأبواب، والرخام، والأكسية، والليود، والبسط التي يجوز السلم فيها بالذرع وفيما يعد أي مثل الرقيق والحيوان والورق الأبيض، وكذا الإيواني من النحاس وغيره، كما صرح به الماوردي بالعد؛ لأن ذلك يحصل المعرفة بالمقدار.

وفي تعليق البندنيجي: أن السلم لا يجوز بغير كيل، ولا وزن إلا في شيئين الحيوان، والثياب والورق [الطَّهور][٧] الذي يراد للغسل، فالمعتبر فيه الوزن لا غير وإن كان من الطّهور المقروة لم يجز السلم فيها.

قال الماوردي: لاختلافها، وأنه لا يضبط صفاتها.

---

(١) في د: لأنه.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: ينظر.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في د.

فإن قيل: النبي ﷺ قال: «مَنْ أَسْلَفَ، فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»[١] فاعتبر هذين الأمرين لا غير، فلم اعتبرتم العدد والذرع؟ ومقتضى الحديث أيضًا أنه لا يجوز فيما لا يكال، ولا يوزن، لكن قام الإجماع على جوازه فيما عداهما.

وأما الحديث فجوابه[٢]: أنه ورد على سبب خاص، وهو أن النبي ﷺ لما قدم المدينة وجدهم يسلمون في التمر السنتين والثلاث، فقال: «من أسلم ..» إلى آخره، فيكون تقدير ذلك من أسلم في مكيل فليكن المكيل معلومًا، ومن أسلم في موزون فليكن الوزن معلومًا، ومن أسلم في مؤجل[٣] فليكن الأجل معلومًا، وبهذا - أيضًا - يحتج على من استدل بهذا الحديث على اشتراط التأجيل في السلم.

قال:[وإن كان][٤] **مما يختلف كالبيض، والجوز، واللوز، والقثاء** - أي: وهو ممدود بكسر القاف وضمها - **والبطيخ لم يجز السلم فيه إلا وزنًا** لأن الكيل لا يحصره.

وقيل: يجوز في **الجوز** واللوز كيلاً لعدم تجافيه في المكيال، وهذا ما جزم به ابن الصباغ، ولا بد في كل من الكيل والذراع أن يكون معلومًا، لمن ذكرنا اشتراط معرفته بالوصف من قبل، وسيأتي الكلام على اشتراط المكيال المعين، ويذكر ثم الذراع المعين.

قال: **وإن أسلم في مؤجل لم يجز إلا إلى أجل معلوم.**

للحديث السابق والمعنى فيه أن الأجل يقابله قسط من الثمن، فإذا كان مجهولاً جر جهالة إلى الثمن، فلو ذكرا أجلاً مجهولاً فالعقد باطل، وكذا لو حذفاه في المجلس على الأصح، وفيه وجه عن رواية صاحب التقريب، تقدمت حكايته أنه يصح ويصير حالاً، وكذا لو ذكرا أجلاً صحيحًا ثم حذفاه في المجلس صار حالاً، وفي هذا شيء ذكرته عن القاضي الحسين، في أول باب المرابحة، ثم السلم الحال جائز عندنا، كما يؤخذ من لفظ الشيخ هنا، ومن بعد اللهم إلا أن يكون المسلم فيه لا يوجد في الحال، ويوجد في ثانى الحال فلا يصح السلم فيه إلا مؤجلاً لذلك الوقت كما سيأتي.

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) في جـ: فجوازه.
(٣) في جـ: معجل.
(٤) في التنبيه: فإن غلك كان.

ووجه ما قاله الشافعي أنه إذا جاز مؤجلاً مع ما فيه من الغرر فهو حالٌّ أجوز، وعن الغرر أبعد.

والجواب عن الحديث قد سبق، لكن هل من شرط الحلول أن يصرح به حتى لو أطلق ولم يصرح به ولا بتأجيل يبطل العقد؛ لأن العرف فيه التأجيل فيكون السكوت عنه بمنزلة ذكر أجل مجهول؛ إذ الإطلاق يدل عليه أو يحمل على الحلول ؟ فيه وجهان، أو قولان:

الأصح منهما عند الجمهور الثاني وعند الغزالي الأول، وبنى الماوردي الخلاف على خلاف حكاه عن الأصحاب ثلاثة أوجه: في أن الأصل في السلم التأجيل والحلول رخصة، أو العكس، أو كل منهما أصل، فالأول مبني على أن الأصل التأجيل والثاني على أن الأصل الحلول، وإذا قلنا لا بد من التصريح بالحلول فصيغته أن يقول: أسلمت إليك في كذا حالاً، أو أطالبك به متى شئت للعرف، فلو قال أطالبك به متى شئت من ليل أو نهار ففيه وجهان.

وجه البطلان: أن المسلم فيه إنما يجب تسليمه[(١)] وقت الإمكان، فإذا وقع الشرط كما ذكر اقتضى أن يطالبه به في وقت لا يقدر على تسليمه، وما لا يمكن تسليمه عند استحقاق المطالبة [به][(٢)] لا يصح السلم فيه.

فرع: إذا قال: اشتريت منك بألف على أن يضمن فلان الثمن عني، ويكون مؤجلاً في حقه إلى شهر، صح الأجل في حق فلان، وهل يثبت الأجل في حق المشتري؟ فيه وجهان منقولان في التتمة [في خيار الشرط][(٣)]، ويتجه أن يجري مثلهما هاهنا.

واعلم أن العلم بمقدار الأجل يحصل بوجهين:

أحدهما: بتقدير مدة الأجل بأن يقول: بأجل شهرين، أو مدة شهرين، أو أستحق المطالبة به بعد شهرين، ولا فرق في ذلك بين أن يقول ابتداؤها من الآن أو يطلق كما صرح به المتولي، وعلله بأن إطلاق الزمان في العقد ينصرف إلى الزمان الموصول بالعقد، كما لو قال: أجرتك شهرًا ينعقد العقد على الشهر الموصول بالعقد [وكذلك إذا قال لا أكلمك شهرًا اقتضى المتصل باليمين][(٤)].

---

(١) زاد في د: في.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في د.

ثم الشهران معتبران بالأهلة إن كان العقد منطبقًا على أول الشهر، وإلا فالأول بالعدد، والثاني بالهلال.

وفيه وجه: أنه متى انكسر الأول انكسر ما بعده، وتمنى الإمام فيما إذا وقع العقد وقد بقي من صفر لحظة وكان التأجيل بثلاثة أشهر، وقد نقص الربيعان أن يلتقس في هذه الصورة بالربيعين وجمادى فإنها جرت عربية كوامل، وما تمناه هو الذي نقله أبو سعيد المتولي وغيره.

وقطعوا بحلول الأجل بانسلاخ جمادى في الصورة المذكورة، فإن العدد إنما يراعى إذا جرى العقد في غير اليوم الأخير.

قال الرافعي: وهو الصواب.

وإذا كان العقد في غير هذه الصورة وقع وقت الزوال، اعتبر آخر المدة بوقت الزوال، وقد تقدم عند الكلام في الخيار حكاية وجه أن ابتداء الأجل من حين التفرق.

الثاني: يعين وقت المحل، بأن يقول إلى سنة كذا من الهجرة، فيحل الأجل من أول ليلة من السنة التي تليها؛ لأن أول شهور الهجرة المحرم، وقد كان أولها شهر ربيع الأول؛ لأن الهجرة كانت فيه، وجعل أولها المحرم؛ لأنه أول شهور العرب، وكانوا يؤرخون بعام الفيل ثم أرخوا ببناء الكعبة، ثم أرخوا بالمبعث، ثم أرخوا بالهجرة، واستقر عليه المسلمون، وكان أول من أرخ بالسنين من الهجرة عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - لكتاب[١] حمل[٢] إليه ليشهد[٣] فيه وقد أرخ بشعبان فقال عمر: أي شعبان الماضى أو الآتى، أو الذي نحن فيه؟! أرخوا بالسنين.

ومن هذا النوع ما إذا قال إلى شهر رمضان سواء علما ما بينهما أو لا.

ويحل الحق بغروب الشمس من آخر يوم من شعبان.

ولو عدل عن لفظ «الغاية» إلى حروف الظرف، فقال: في شهر رمضان لم يجز[٤]، كما لو قال في سنة كذا.

وقال [أبو][٥] علي بن أبي هريرة: يحمل على أول الشهر، كما لو قال لزوجته أنت طالق في شهر رمضان، فإنها تطلق بأول جزء منه، وقياس هذا أن يطرد في السنة، وقد

---

(١) في د: كتاب.
(٢) في جـ: محمل.
(٣) في جـ: لشهر.
(٤) في جـ: يجب.
(٥) سقط في د.

وافق على أنه لو قال: في سنة كذا لم يحمل على أول جزء منها كما حكاه الماوردي.

وفي التتمة طرده في السنة أيضًا.

وفرق الأصحاب بين هذا وبين الطلاق، بأن الطلاق يقبل التعليق بالمجهول، وبالغرر بخلاف العقود.

قال ابن الصباغ وهذا الفرق ليس بصحيح عندي؛ لأنه لو كان مجهولاً لوجب أن يصح ولا يتعلق بأوله بل يتعلق بوقت منه يقف على بيانه، فإذا فات جميعه وقع فلما تعلق الطلاق بأوله اقتضى ذلك أن الإطلاق يقتضيه.

ولو قال في يوم كذا، فمن أصحابنا من ألحقه بالشهر.

قال الماوردي : والصحيح جوازه في اليوم لقرب ما بين طرفيه، فإن في تحديد [الوقت في اليوم][1] ضيقًا يلحق الناس، والتأجيل إلى اليوم يحل الأجل بطلوع فجر ذلك اليوم، وكذا في التأجيل إلى النهار على أحد الوجهين.

والثاني: يحل بطلوع شمسه، ولو جعل الأجل عقيب شعبان أو عجزه لم يصح، قاله الماوردي.

وكذا لو جعله إلى أول الشهر، أو إلى آخره.

وقال الإمام وصاحب التهذيب: وجب أن يصح ويحمل على الجزء الأول من كل نصف، قياسه: مسألة النفر، وهذا ماذكره الجيلي، وهو خلاف المذهب.

ولو أجل بالحصاد، أو القطاف، أو الميسرة لم يصح.

وفي كتاب ابن كج: أن ابن خزيمة جوز السلم إلى الميسرة؛ لأنه - عليه السلام - اشترى شيئًا إلى الميسرة.

[ولو أجل إلى الوقت الذي يصلح فيه الحصاد والدياس، والجذاذ فلا يقع تأجيل الثمن إليه.

وفي جواز تأجيل الضمان إليه قولان، ذكرهما الماوردي عن أبي العباس في كتاب الضمان][2].

ولو أجل بالنيروز، أو المهرجان، أو إلى شهر من شهور الروم، أو الفرس - جاز

---

(١) في جـ: اليوم في الوقت.

(٢) سقط في د.

على ما أطلقه ابن الصباغ والبندنيجي، وفصل الماوردي [هنا][(١)] فقال:

إن كان المتعاقدان من العرب لا يعرفان قدر ذلك من الأشهر الهلالية لم يصح، وإن عرفا ذلك [أو كانا من الفرس][(٢)] فهل يصح؟ فيه وجهان:

مذهب البغداديين: الجواز.

ومذهب البصريين: عدمه.

[وقال في كتاب الضمان: إنه لا يجوز الأثمان بهما، وفي جواز تأجيل الضمان قولان حكاهما ابن سريج][(٣)].

ووجه الإمام المنع في النيروز والمهرجان بأنهما يطلقان على الوقتين اللذين تنتهي الشمس فيهما إلى أوائل برج الحمل والميزان، وقد يتفق ذلك ليلاً وقد ينحبس[(٤)] مسير الشمس كل سنة بمقدار ربع يوم وليلة، وهكذا الخلاف فيما لو أجل بفطر[(٥)] اليهود. وفصح النصارى إذا عرف المسلمون ذلك[(٦)]، قاله الماوردي، وظاهر ما حكاه ابن الصباغ عن النص من التعليل يقتضي الجواز؛ لأنه علل المنع بأنه لا يعرفه المسلمون، وعلله الأصحاب بأنه يحتاج فيه إلى الرجوع إلى قولهم.

قال ابن الصباغ: وهذا إنما يتصور إذا كان منهم عدد [يسير][(٧)] فأما الكبير في البلاد الكبار، فلا يجوز عليهم التواطؤ على الكذب، في الأخبار عن أعيادهم، ولو لم يعرفه إلا المتعاقدان، فالأصح أنه يكفي، وقيل، لا بد من معرفة عدلين مسلمين، حكاه الرافعي.

ولو قال: إلى نفر الحجيج الأول، وهو الثاني عشر من ذي الحجة، أو الثاني وهو اليوم الذي يليه صح من أهل مكة لمعرفة عوامهم به، وفي جوازه لغير أهل مكة وجهان ولو قال: إلى يوم القر، وهو الحادي عشر من ذي الحجة، وسمي بذلك لاستقرار الحجيج فيه بمنى، أو يوم الخلاء وهو الثالث عشر من ذي الحجة، وسمي بذلك لخلو منىً فيه من أهلها - لم يجز لغير أهل مكة، وفي جوازه لأهل مكة وجهان: كذا قال الماوردي، واستبعده الرافعي، ولو أطلق التأجيل بنفر الحجيج أو

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: يتحسن.
(٥) في جـ: يفطر.
(٦) زاد في جـ: لأمنهم.
(٧) سقط في جـ.

ربيع أو جمادى أو العيد ففي الصحة وجهان، ومن صحح تركه على الأول، ويحكى ذلك عن النص، ولم يحك ابن الصباغ سواه.

قال: **وإن أسلم في جنسٍ إلى أجلين .**

أي: كما إذا قال أسلمت إليك في عشرة أرادب من كذا مائة درهم مثلاً خمسة مؤجلة إلى شهر، وخمسة إلى شهرين **أو في جنسين إلى أجل** أي بأن يقول أسلمت إليك خمسين درهمًا في خمسة أرادب قمح، وخمسة أرادب شعير إلى شهر **جاز في أصح القولين**؛ لعموم الخبر.

فإنه لم يفرق فيه وبالقياس، على ما لو باع بثمن مؤجل بنجمين أو بجنسين.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه ربما يتعذر التسليم في بعض الأجلين، أو بعض الجنسين، فيرتفع العقد فيه، فلا ندري ماذا يقابله من رأس المال، وذلك غرر.

وهذا القول، قال المتولي: إنه مخرج من أصلين:

أحدهما: أن المسلم فيه إذا انقطع ينفسخ العقد.

والثاني: أن الصفقة لا تفرق.

وبنى ابن الصباغ والماوردي [القولين على](١) القولين في أن رأس المال هل يشترط أن يكون معلوم المقدار؟

قال: **وإن(٢) أسلم حالاً لم يفتقر إلى بيان الموضع ويستحق التسليم في موضع العقد** كالبيع.

فإن قيل: هلَّا فصل الشيخ بين أن يكون السلم في موضع يصلح للتسليم(٣) فيكون الحكم، كما ذكره أولاً [يكون](٤) في موضع يصلح للتسليم فيجب تعينه؟

قلنا: الذي يظهر من كلام الأئمة أن السلم الحال في موضع لا يصلح للتسليم بالمعنى الذي سنبينه لا يصح؛ لأن من شرط الصحة في العقود القدرة على التسليم عند المحل، وهو حال وقد عجز عنه في الحال، ويرشد إلى ذلك أن الماوردي صرح بأنهما إذا كانا في موضع لا يتمكن من قبضه فيه بأن كانا في سفر أن العقد باطل [لكن قد حكينا عن رواية الرافعي في أواخر ما يتم به البيع، أنه إذا عين مكانًا لتسليم

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في التنبيه: فإن.
(٣) زاد في د: في موضع العقد.
(٤) سقط في د.

السلم الحال فيه غير موضع العقد صح وتعين، وعلى هذا يتعين حمل كلام الماوردي السالف على ما إذا أطلق العقد ولم يبين موضعًا يصلح للتسليم][(١)].

قال: **وإن أسلم مؤجلاً في موضع لا يصلح للتسليم** كالبادية والصحراء، **وجب بيان موضع التسليم**؛ [لأنه لا يمكن حمله على موضع العقد لتعذره، والغرض يختلف باختلاف غيره، فوجب البيان لنفي الجهالة والغرر.

وفي الرافعي: ما يفهم حكاية قول[(٢)] عن رواية القاضي أبي حامد، وصاحب الإفصاح[(٣)] أن القولين الآتيين جاريان في هذه الصورة أيضًا، وادعى القاضي الحسين في تعليقه نفي الخلاف فيها على وفق ما ذكره الشيخ.

وفي التتمة: حكاية وجه أنه يحمل على أقرب موضع صالح للتسليم.

قال: **وإن كان في موضع يصلح للتسليم**[(٤)]، **فقد قيل لا يجب بيانه ويجب التسليم في موضع العقد** كالبيع بثمن مطلق في موضع فيه نقد متعارف.

وهذه طريقة أبي إسحاق، وعليها حمل ما نقل عن الشافعي، في عدم اشتراط بيان الموضع، ونصه على الاشتراط، على ما إذا كان في موضع لا يصلح للتسليم.

قال الجيلي وهذا هو الأصح.

قال: **وقيل فيه قولان**:

أحدهما: **لا يجب**[(٥)]؛ لما ذكرناه.

والثاني: **يجب**[(٦)]؛ لاختلاف الأغراض في المواضع فكان التعيين واجبًا؛ كما لو باع بثمن مطلق في موضع ليس فيه نقد غالب وقد اختلف الأصحاب في محل القولين.

فمنهم من قال: محلهما إذا لم يكن للنقل مؤنة.

أما إذا كان فيجب البيان قولاً واحدًا، وهذا أصح الطرق عند الإمام.

وفي تعليق القاضي الحسين ويروى عن اختيار القفال.

ومنهم من قال: محلهما إذا كان للنقل مؤنة، أما إذا لم يكن فلا يجب قولاً واحدًا.

ومنهم من قال: لا فرق في جريانهما بين أن يكون للنقل مؤنة أم لا.

---

(١) سقط في د.

(٢) في د: قولين.

(٣) في جـ: الإيضاح.

(٤) في التنبيه: فيه التسليم.

(٥) في التنبيه: يجب بيانه.

(٦) في التنبيه: لا يجب.

وذهب ابن القاص إلى أن المسألة ليست على قولين، كما ذهب إليه أبو إسحاق لكنه حمل [نص الوجوب](١) على ما إذا كان للحمل مؤنة، والنص بعدم الوجوب على ما إذا لم يكن(٢) له مؤنة، وهذا ما اختاره القاضي أبو الطيب.

وقال الرافعي: إن الفتوى عليه.

واعلم أن البيان يحصل بأن يقول: تسلمه إليّ في موضع كذا(٣)، أو بلد كذا(٤)، وإذا أحضره(٥) في أول البلد لزمه قبضه منه، ولو قال على أن تسلمه إليَّ في أي موضع شئت من بلد كذا، نظر: إن كان كبيرًا لم يجز(٦)، وإن كان [صغيرًا كجدة](٧) جاز؛ لقرب أماكنه.

ولو قال على أن تسلمه إليَّ ببلد كذا، أو بلد كذا فوجهان:

أحدهما: البطلان.

والثاني: أنه يصح، وينزل على تسليم الشطر في كل بلد صرح بذلك [جميعه](٨) الماوردي.

وقد يشكل الفرق بين ما إذا قال: [تسلمه إليَّ في بلد كذا، وبين ما إذا قال:](٩) تسلمه إليّ في شهر كذا على المذهب، خصوصًا إذا كان للبلد أبواب.

فرع: لو عين(١٠) مكانًا للتسليم فخرب وخرج عن صلاحية التسليم فثلاثة أوجه:

أحدها: أن ذلك يتعين.

والثاني: لا وللمشتري الخيار.

والثالث: يتعين أقرب موضع صالح.

ولو لم يخرب، ولكنه صار مخوفًا لفتنة فيه، ففي الحاوي أنه لو أحضره إليه فيه لم يجب قبوله وليس للمسلم أن يكلفه نقله إلى موضع آخر، بل يتخير بين أن يصبر إلى أن تزول الفتنة، أو [إلى أخذه](١١) فيه.

قال: **ولا يصح إلا فيما يعم وجوده** أي في الحال [إن كان السلم حالاً](١٢)، أو

---

(١) في د: نصه.
(٢) في د: تكن.
(٣) في ج: و.
(٤) في د: أو.
(٥) في د: أحضر.
(٦) في ج: لم يجب.
(٧) في ج: صغير الجدة.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في ج.
(١٠) في ج: علم.
(١١) في ج، د: يأخذه.
(١٢) سقط في د.

عند المحل إن كان السلم مؤجلاً؛ ليتيسر التسليم، [قال][(١)]: **ويؤمن انقطاعه**، لنأمن الغائلة[(٢)].

قال: **فإن أسلم فيما لا يعم، كالصيد في موضع لا يكثر فيه، أو في جارية وأختها**، أي: لندرة اتفاقهما في الصفات المشروطة، أو[(٣)] **أسلم فيما لا يؤمن انقطاعه كثمرة قرية بعينها، أو على مكيال بعينه**، أي لا يعتاد الكيل بمثله، كالكوز، أو[(٤)] **زنة صخرة بعينها[(٥)] لم يصح**.

أما فيما لا يعم وجوده؛ فلأن القدرة على التسليم متعذرة فأشبه بيع العبد الآبق، وأما في ثمرة القرية؛ فلأنه لا يؤمن فيها تسليم المبيع؛ لتعرضها للتلف فأشبه بيع المبيع قبل القبض.

ووجهه الغزالي: بأن التعيين ينافي الدينية، من حيث إن التعيين يضيق محل التحصيل، والمسلم فيه ينبغي أن يكون دينًا مرسلاً في الذمة ليتيسر أداؤه، ومقتضى هذه العلة[(٦)] ألا يجوز فيما إذا عين قرية كبيرة، لكن الأصح من الوجهين فيها الجواز، ولا نزاع في أنه لو أضاف إلى [ناحية، أو قرية كبيرة][(٧)] وأفاد ذلك تنويعًا، كمعقلى البصرة أنه يجوز، وأما في الباقي؛ فلأن ذلك مجهول؛ ولأن المعين قد يتلف فلا يدرى ماذا يرجع به عند المحل، وعقد السلم يصان عن الغرر بقدر الإمكان؛ خشية من تكثيره.

ورأيت في الحاوي أن بعض أصحابنا أنكر أن السلم عقد غرر، وألحقه ببيوع الأعيان. وعلى العلتين يخرج البيع، فإن عللنا بالجهل لم يصح أن يبيعه من الصبرة ملء هذا الكوز، وإن عللنا بالثانية صح، وهو الأصح، وعليه يدل نص الشافعي، فيما إذا أصدقها ملء هذه الجرة خلا أنه لا يجوز؛ لأنها قد تنكسر والسلم الحال هل يلحق بالبيع، أو بالسلم المؤجل؟ فيه وجهان، اختيار الشيخ أبي حامد منهما أنه كالمؤجل[(٨)].

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: الغالية.
(٣) في التنبيه: وإن.
(٤) في التنبيه: على.
(٥) في التنبيه: أو ثمرة شجرة بعينها.
(٦) في جـ: اللغة.
(٧) في د: ناحية كبيرة أو قرية.
(٨) قوله: وعليه يدل نص الشافعي فيما إذا أصدقها ملء هذه الجرة، خلا أنه لا يجوز؛ لأنها قد =

وفي النهاية: أن الصيد لو كان يوجد في بلد آخر، فينظر[1]: إن كان قريبًا منه صح، وإن كان بعيدًا لم يصح، ولا تعتبر مسافة القصر وإنما القريب [هو][2] الذي يعتاد نقل مثله منه إلى البلد الآخر في غرض المعاملة لا في معرض التحف.

وفي الوسيط: أنه لو أسلم في الجارية الخادمة وولدها جاز؛ ولأن ذلك لا يعز في الحاضنات دون الأمة التي تراد للتسري.

وفي الحاوي : أن المكيال الذي عينه إذا كان مساويًا لكيل البلد ففي صحة السلم وجهان، ينبنيان على أنه هل يلزم التعيين؟ فإن لزم بطل كما لو كان مجهولاً، وهي صورة مسألة الكتاب وإلا صح، وجاز أن يكال[3] له بغيره وهذا هو الأصح في الرافعي.

وكذا الكلام في الوزن والذرع، وحكي فيما إذا شرط الذرع بذراع يده وعينه أنَّ من أصحابنا من أجازه لتعينه، وانتفاء الجهالة عنه، والصحيح أنه لا يجوز؛ لأنه قد يموت فلا يمكن الاستيفاء بذراعه.

فرع : لو أسلم في قدر كبير من الحنطة أو غيرها في وقت الباكورة بحيث يغلب على الظن وجوده لكن لا يحصل إلا بمشقة عظيمة، ففيه وجهان:

أقربهما إلى كلام الأكثرين وبه قطع القاضي الحسين: البطلان، وأقيسهما عند الإمام: الصحة؛ لأن التحصيل ممكن، وقد التزمه، وهذا قريب من بيع الطير في الدار الفيحاء، والسمك في البركة الواسعة.

قال: **وإن أسلم فيما يؤمن انقطاعه كالرطب، ثم انقطع في محله** [أى بأن مضى الأجل وهو مفقود أو مات المسلم إليه قبل أوانه فحلَّ عليه الحق، كما صرح به البندنيجي] **ففيه قولان**:

أصحهما : أن المشتري بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر إلى أن يوجد؛ لأن العقد ورد على مقدور عليه في الظاهر، فعروض التعذر لا يقتضي فسخ العقد،

= تنكسر، والسلم الحال هل يلحق بالبيع أو بالسلم المؤجل؟ فيه وجهان، اختيار الشيخ أبي حامد منهما: أنه كالمؤجل. انتهى.
وهذا الكلام معكوس، والصواب: أن يقدم لفظ «وعليه يدل» على لفظ: «كالمؤجل»، وهو المذكور في «الرافعي». [أ و].

(١) في د: ينظر. (٢) سقط في د. (٣) في د: يكتال.

ويقتضى ثبوت الخيار للتضرر بالتأخير، كما لو أبق العبد المبيع قبل القبض، ولأن المعقود عليه في الذمة، فلم يقتض التعذر فيه انفساخ العقد، وأثبت الخيار كما إذا أفلس المشتري بالثمن.

قال: والثاني أنه ينفسخ العقد؛ لأنه لما كان تلف العين المبيعة عند استحقاق القبض مبطلاً للعقد، [وجب أن يكون عدم الموصوف في الذمة عند حلول الحق مبطلاً للعقد][1]، ولأنه سلم في معدوم فصار كما لو علما عند العقد أنه معدوم، فعلى الأول، في مدة الخيار ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه على الفور؛ كخيار العيب.

والثاني: أنه يمتد إلى ثلاثة أيام، حكاهما الماوردي .

وإذا أخر الرد على الوجهين لزمه الصبر إلى العام الآتي، ولم يكن له الفسخ قبله، وإذا جاء العام الآتي والثمرة أيضًا معدومة، فله الخيار أيضًا؛ لعدم الثمرة في العام الثاني، وهكذا.

والثالث: ولم يحك الغزالي سواه أنه على التراخي؛ كخيار المرأة في الإيلاء؛ لأنه نتيجة حق المطالبة بالمستحق، وهو قائم متجدد في كل حال.

فعلى هذا لو صرح بالإسقاط هل يسقط؟ فيه وجهان:

[الذي أجاب به الماوردي منهما في كتاب الغصب، قبيل قوله: وإن للعبد المغصوب ثبات السقوط][2].

والأصح أنه لا يسقط، كما لا يسقط بالتأخير، ووجهه الإمام بأن هذه الإجازة إنظار، والإنظار تأجيل، والأجل لا يلحق العقد بعد لزومه.

قلت: والذي يَظْهر ترجيحُ ما حكاه الماوردي أولاً، فإن ما قاله الغزالي فيه نظر من حيث إنه يقتضي تجدد حق الفسخ أولاً فأولاً؛ لأن[3] الثابت من الخيار أولاً مستمر إلى الأبد بل في كل زمان تجدد ما يقتضي ثبوت الخيار، وذلك يقتضي الفور، لكن يخلفه ما يقتضي خيار آخر، ثم الفرق بين ما نحن فيه ومسألة المولى، أن الزوج قادر على الوطء في كل زمان، فالطلبة[4] متجددة فلذلك تجدد حق الخيار، وهاهنا عند

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: لا أن.
(٤) في جـ: فلا طلبة.

انقطاع الثمرة المسلم فيها المسلم إليه غير قادر على التسليم، فلا يتجدد الطلب عليه بما هو عاجز عنه، ولا يرد علينا مسألة العبد الآبق، فإنا نورد عليها مثل هذا السؤال ثم إذا ثبت سقوط الخيار عند السكوت فعند الإجازة من طريق الأولى وما قاله الإمام قد يتوقف فيه، ويقال ليس الأمر كذلك بل هو إسقاط حق متحقق كما في رضا امرأة العنين. والله أعلم.

والقولان يجريان عند العراقيين فيما إذا لم يوجد المسلم فيه؛ بسبب جائحة أصابته أو لتأخر القبض حتى نفذ.

وحكى الرافعي عن بعض الأصحاب: أن القولين في الحالة الأولى، فأما في الحالة الثانية، فلا ينفسخ العقد بحال، ولا فرق على القولين بثبوت حق الفسخ، بين أن يكون رأس المال باقيًا أو تالفًا، ويخالف الفسخ بسبب الإفلاس، فإنه يشترط فيه أن يكون المبيع - الذي هو وزان رأس المال - باقيًا.

والفرق أن الفسخ في الفلس جوز؛ حتى لا يلحق البائع ضرر المقاسمة، وإذا كانت العين تالفة، فالضرر لاحقٌ به، فلا فائدة في الفسخ، وهاهنا أثبت له حق الفسخ؛ لتأخير الحق، وذلك موجود عند التلف.

فإن قيل: بم يحصل الانقطاع؟.

قلنا بألا يوجد أصلاً، وفي معناه: ما إذا كان يوجد في غير تلك البلدة التي يستحق القبض فيها، ولكن لو نقل إليها لفسد، وما إذا لم يوجد إلا عند قوم مخصوصين، وامتنعوا من بيعه ولو كانوا يبيعونه بثمن غالٍ - وجب تحصيله، ولم يكن ذلك انقطاعًا، وإن أمكن نقل المسلم فيه إلى البلد التي يستحق القبض فيها - وجب نقله إن كانت[1] في حد القرب.

ولا انقطاع، وبم يضبط؟

قال في التهذيب وغيره: فيه وجهان: أقربهما: ما دون مسافة القصر.

والثاني: مسافة العدو.

وفي النهاية: إن النقل إن أمكن، ولو على عسر، فالأصح أن السلم لا ينفسخ أصلاً، ومنهم من طرد فيه القولين.

---

(١) في د: كان.

فرع: لو أسلم في شيء عام الوجود عند المحل، ثم عرضت آفة، علم بها انقطاع الجنس عند المحل، فينجز حكم الانقطاع في الحال، أو يتأخر إلى المحل؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الثاني، وهو مأخوذ (مما)[١] إذا حلف ليأكل هذا الطعام غدًا فتلف في يومه.

آخر: إذا فسخ العقد أو انفسخ وجب رد رأس المال، إن كان باقيًا وقد ورد العقد على عينه، وكذا إن ورد على ما في الذمة، وعين في المجلس على أحد الوجهين.

وعلى الثاني: هو مخير إن شاء رده، وإن شاء رد بدله وبنى الإمام الوجهين على أن المسلم فيه إذا رد بالعيب هل يكون نقضًا للملك من أصله تبينا، أو هو نقض في الحال؟ وفيه خلاف، فإن قلنا بالأول وجب رده، وإلا فللمسلم إليه الإبدال.

وفي التتمة حكاية هذا الخلاف فيما إذا كان رأس المال من ذوات الأمثال.

أما إذا كان من ذوات القيم، فيتعين رده وطرد هذا الحكم فيما إذا أقبض المسلِم المسلَم فيه ثم وجد المسلَم إليه برأس المال المعين في العقد عيبًا ورده[٢]، وإن كان رأس المال تالفًا، رجع ببدله، من مثل أو قيمة.

قال: **ولا يجوز بيع المسلم فيه قبل القبض، ولا التولية، ولا الشركة** لما روي عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفْهُ إِلَى غَيْرِه»[٣] ولأن المبيع مع تعيينه لا يجوز بيعه قبل القبض، فالمسلم فيه مع كونه مرسلاً في الذمة أولى، ولو صالح من المسلم فيه على رأس المال قبل القبض.

قال ابن سريج: يجوز ويكون فسخًا للعقد بلفظ الصلح، حكاه عنه المتولي وغيره، وقد مضى الفرق بين الثمن، إذا كان في الذمة، وبين المثمن في باب «ما يتم به البيع»، وكذلك تقدم الكلام في باب «بيع المصراة» في أن الإقالة هل تجوز في المسلم فيه؟

---

(١) في د: فيما.
(٢) في د: فرده.
(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٩٨) كتاب الإجارة، باب: السلف لا يحول، الحديث (٣٤٦٨)، وابن ماجه (٢/ ٧٦٧) كتاب التجارات، باب: إذا أسلم في نخل بعينه لم يطلع، حديث (٢٢٨٣)، والدارقطني (٣/ ٤٥) رقم (١٨٧)، والبيهقي (٦/ ٣٠) كتاب البيوع، باب: من سلف في شيء، فلا يصرفه إلى غيره من طريق عطية العوفي عن أبي سعيد به.
وقال البيهقي: عطية بن سعد لا يحتج به.

وتقدم [في][1] آخر باب المرابحة، بيان التولية والشركة، وأنهما بيع في الحقيقة.

قال: **وإذا أحضر المسلم فيه**، أي في محل قبضه، من زمان ومكان، **على الصفة التي يتناولها العقد أو أجود**[2] **منه، وجب**[3] **قبوله.**

أما إذا أتى به على الصفة؛ فلأنه المسلم فيه وله غرض في براءة ذمته، وأما إذا كان أجود منه؛ فلأنه أتاه بحقه وزيادة غير متميزة، ولا مخلة بمقصوده فكان الامتناع من القبض محض إضرار، وهذا هو الأصح في تعليق البندنيجي .

ولا فرق فيه بين زيادة الصفة مثل أن يعطيه الجيد عن الرديء، أو الأجود عن الجيد وبين زيادة النوع.

قال: **وقيل إن كان الأجود من نوع آخر، كالمعقلي**[4] **عن البرنى.**

أى وكالزيت الأسود عن الأبيض، والثوب المروي عن القزويني، **لم يجب**[5] **قبوله** لاختلاف الأغراض باختلاف الأنواع، وهذا ما قال به القاضي أبو الطيب، وجعله المتولي المذهب، ورجحه ابن الصباغ، وإيراد الرافعي يقتضي ترجيحه.

فعلى هذا هل يجوز القبول؟ فيه وجهان:

أظهرهما عند الرافعي وقال: إن الشيخ أبا حامد قال به [لا][6]؛ لأنه يشبه الاعتياض، كما لو اختلف الجنس.

والثاني: نعم، كما لو اختلفت الصفة.

وحكى الماوردي هذا الخلاف ابتداء، وعزا الأول إلى أبي إسحاق.

والثاني إلى ابن أبي هريرة، وصححه ثم قال: فإن قلنا بهذا أجبر المسلم إليه على القبول، وقد حكى الإمام في وجوب الإجبار، عند إتيانه بالأجود في الصفة وجها: أنه لا يجب؛ لمكان[7] المنة، والتفاوت بين التركي والهندي من العبيد، تفاوت نوع لا تفاوت جنس، على الأصح، والتفاوت بين الرطب والتمر، وبين ما يسقى بماء السماء وما يسقى بغيره، تفاوت نوع لا تفاوت وصف، على الأشبه من الوجهين.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: لوجود.
(٣) زاد في التنبيه: عليه.
(٤) في د: كالمعجلي.
(٥) في التنبيه: يجز.
(٦) سقط في د.
(٧) في جـ: المكان.

التفريع:

حيث قلنا يجب القبول، فإذا امتنع من القبض قيل له إما أن تقبض أو تبرأ من الحق، فإن فعل وإلا قبضه الحاكم عنه، وبرئ المسلم إليه؛ لأنه حق وجب عليه يمكن أن ينوب الحاكم عنه فيه فقام مقامه فيه.

وفي النهاية وغيرها من كتب المراوزة، حكاية طريقة أخرى: أنه لا يجبر على قبوله على أحد القولين، إذا لم يكن للدافع غرض سوى البراءة، كما سنذكره في الدين المؤجل، أما إذا كان له غرض، من فك[1] رهن أو براءة ضامن، أجبر قولاً واحدًا.

تنبيه: إطلاق الشيخ يقتضي مع قرينة التفصيل من بعد، أنه لا فرق في وجوب القبول عند الإتيان به على الصفة، بين أن يكون على المسلم فيه ضرر أم لا.

وفي الحاوي: أنه لو أسلم إليه في جارية بصفة، فأتاه بها على تلك الصفة وهي زوجته لم يلزمه قبولها لأنه لو قبلها، بطل نكاحه فيدخل عليه بقبولها نقص وكذلك المرأة إذا أسلمت في عبد فأحضر إليها زوجها لم يلزمها القبول، لما فيه من فسخ النكاح، ولو أسلم في عبد بصفة فأتاه بعبد على تلك الصفة فكان ابن المسلم أو جده، لم يلزمه قبوله أيضًا؛ لأنه يعتق عليه فلا يستمر له عليه ملك فصار عيبًا؛ لأنه أسلم فيما يملكه، فإن قبضه وهو لا يعلم أنه أبوه ثم علم فوجهان:

أحدهما: أن القبض فاسد، فلا يعتق عليه، وله رده؛ لأنه ممن لا يوجب عقد السلم إقباضه، والثاني: أن القبض صحيح، والعتق نافذ، ولا أرش له؛ لأن كونه أبا المسلم ليس بعيب في الأسواق، يوجب نقص الثمن.

ولو كان المأتي به أخا المسلم أو عمه، فهل له الامتناع من قبوله؟ على وجهين: أحدهما: له ذلك؛ لأن[2] من جملة الحكام، من يعتقه عليه ويمنعه من بيعه انتهى.

فإن قيل: ما ذكره من عدم وجوب قبول الزوج والزوجة ليس لما يلحقه من الضرر بفسخ النكاح بل؛ لأن الزواج عيب في الأمة والعبد عند عامة الناس، والمسلم فيه لا يجب قبوله معيبًا.

---

(١) في جـ: قبل.

(٢) في جـ: لا.

قلت: لما كان القبض يرفع[1] النكاح قدر[2] عدمه، وإن كان عيبًا[3]، ويشهد لذلك أمران:

أحدهما: ما قدمناه فيما إذا اشترى جارية وزوجها، وقال لها الزوج: إن ردك سيدك بعيب فأنت طالق، وكان قبل الدخول، فإن للمشتري ردها بما اطلع عليه من عيبها؛ لأن الزوجية تزول بالرد، فقدرت كالمعدومة.

الثاني: ما حكاه الإمام في ضمن فصل مذكور في نكاح الغرور أنه لو قتل أمة مزوجة يلزمه قيمتها خلية عن الزوج وإن كان تقدير النكاح فيهما ممكنًا لو بقيت؛ لأن القتل يزيله فجعلنا المحقق فيه كالواقع، والله أعلم.

فرع: لو أسلم في عبد فأتاه بخنثى، لم يلزمه قبوله، فإن تراضيا على قبوله، لم يجز لاحتمال أن يكون بضد ما أسلم فيه، وبيع المسلم فيه قبل القبض لا يجوز، نعم لو بان إشكاله جاز له قبوله، وله الخيار إن وجده يبول من الفرجين، وإن كان يبول من أحدهما فلا خيار.

قال: **وإن أحضره قبل المحل، ولم يكن عليه ضرر في قبضه لزمه قبوله**؛ لما فيه

---

(١) في د: رفع. (٢) في جـ: قبل.

(٣) قوله: وفي «الحاوي»: أنه لو أسلم إليه في جارية بصفة، فأتاه بها على تلك الصفة وهي زوجته - لم يلزمه قبولها؛ لأنه لو قبلها بطل نكاحه، وكذلك المرأة إذا أسلمت في عبد. ثم قال: فإن قيل: ما ذكره من عدم وجوب قبول الزوج والزوجة، ليس لما يلحقه من الضرر بفسخ النكاح؛ بل لأن الزواج عيب، والمسلم فيه لا يجب قبوله معيبا.

قلت: لما كان القبض يرفع النكاح قدر عدمه وإن كان عيبًا... إلى آخره.

وهذا التكلف الذي قاله في تصوير المسألة لا حاجة إليه؛ بل يتصور بما إذا شرط أنه ذو زوجة، أو أنها ذات زوج؛ فإنه يصح السلم كما نقله الرافعي عن الصيمري، وأقره، غير أن ابن الرفعة لم يستحضر هذا الحكم؛ ولهذا لم يتعرض له في «الكفاية» بالكلية.

تنبيه: قال: إذا أسلم في الرطب لم يقبل منه مشدخا، قال الشافعي: ولا محلقنا وهو ما ذهب بعضها بأكل أو غيره.

اعلم أن «المشدخ» - بالخاء والشين المعجمتين، بينهما دال مهملة - هو البسر يغمر حتى يتكسر، مأخوذ من «الشدخ» وهو كسر الشيء الذي له جوف كالرأس، وهذا النوع هو المسمى في مصر بالمعمول.

وأما قوله: ولا محلقنًا، فقال الجوهري: المحلقن - بالحاء المهملة - والقاف المكسورة، والنون - هو البسر إذا ترطب الثلثان منه، واحده: محلقنة. قال: وكذلك: «الحلقان» و«الحلقانة» بالضم. إذا علمت ذلك فالتفسير المذكور في الكتاب لا يوافق هذه اللفظة. [أ و].

من تبرئة ذمة صاحبه من غير ضرر يلحقه، فالامتناع منه نوع من التعنت فيمنع [منه][(١)].

أما إذا كان عليه [فيه][(٢)] ضرر فلا يجب عليه القبول؛ لقوله ﷺ «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار[(٣)]»[(٤)].

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في د. (٣) في د: إضرار.

(٤) روي الحديث عن جماعة من الصحابة منهم:

حديث عبادة بن الصامت:

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٨٤) كتاب الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث (٢٣٤٠) وأحمد (٥/ ٣٢٦، ٣٢٧)، وأبو نعيم في أخبار أصبهان (١/ ٣٤٤)، والبيهقي (١٠/ ١٣٣) كتاب آداب القاضي، باب: ما لا يحتمل القسمة، كلهم من طريق موسى بن عقبة ثنا إسحق بن يحيى ابن الوليد عن عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ «قضى أن لا ضرر ولا ضرار».

قال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٨٤): قال ابن عساكر في أطرافه: وأظن إسحق لم يدرك جده.

وقال العلائي في جامع التحصيل (ص - ١٤٤): إسحق بن يحيى بن الوليد بن الصامت عن جد أبيه عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

قال الترمذي: لم يدركه ا هـ.

والحديث ذكره البوصيري في زوائد ابن ماجه (٢/ ٢٢١) وقال: هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع. أ. هـ.

قلت: وهذا فيه نظر فإن إسحق بن يحيى قد ذكره ابن عدي في الكامل (١/ ٣٣٣) وقال: عامة أحاديثه غير محفوظة.

وقد حكى البوصيري نفسه تضعيفه في الزوائد (٢/ ١٧٩) فقال عن إسناد فيه إسحق هذا: هذا إسناد ضعيف؛ لضعف إسحاق بن يحيى بن الوليد، وأيضًا لم يدرك عبادة بن الصامت قاله البخاري والترمذي، وابن حبان، وابن عدي.

والحديث ذكره الحافظ أيضًا في الدراية (٢/ ٢٨٢) وقال: وفيه انقطاع.

حديث ابن عباس:

أخرجه أحمد (١/ ٣١٣)، وابن ماجه (٢/ ٧٨٤) كتاب الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث (٢٣٤١) من طريق عبد الرزاق عن معمر عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار».

قال البوصيري في الزوائد (٢/ ٢٢٢): هذا إسناد فيه جابر وقد اتهم. ا هـ.

لكنه توبع تابعه داود بن الحصين.

أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٢٨) كتاب الأقضية، حديث (٨٤) من طريق إبراهيم بن إسماعيل عن داود ابن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس به.

قال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٨٥): قال عبد الحق في أحكامه، وإبراهيم بن إسماعيل: هذا هو ابن أبي حبيبة وفيه مقال، فوثقه أحمد، وضعفه أبو حاتم وقال: هو منكر الحديث لا يحتج به ا هـ.

قلت: وضعفه أيضًا البخاري، فقال: منكر الحديث، التاريخ الكبير (١/ ٨٧٣).

=

ووراء ما ذكره الشيخ للأصحاب تفصيل آخر، فقالوا: إن كان للممتنع من القبض

=
وقال الترمذي في سننه (١٤٦٢): يضعف في الحديث.
وقال النسائي في الضعفاء رقم (٢): ضعيف.
وقال الدارقطني: متروك، ينظر سؤالات البرقاني (٢٢)، والضعفاء له (٣٢).
وقال أبو حاتم: ليس بالقوي ينظر العلل (١٥٧٥).
وقال الحافظ في التقريب (١/ ٣١) رقم (١٦٨): ضعيف.
حديث أبي هريرة:
أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٢٨) كتاب الأقضية، حديث (٨٦) من طريق أبي بكر بن عياش قال: أراه عن ابن عطاء عن أبيه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرورة، ولا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبة على حائطه».
قال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٨٥): وأبو بكر بن عياش مختلف فيه ا هـ.
وللحديث علة أخرى وهي ابن عطاء، واسمه يعقوب بن عطاء بن أبي رباح.
قال أحمد: منكر الحديث. وقال مرة أخرى: ضعيف.
وقال ابن معين، وأبو زرعة، والنسائي: ضعيف.
وقال أبو حاتم: ليس بالمتين يكتب حديثه.
وقال ابن عدي: له أحاديث صالحة وهو ممن يكتب حديثه وعنده غرائب.
ينظر: التهذيب (١١/ ٣٩٣).
وقد لخص الحافظ هذه الأقوال فقال في التقريب (٢/ ٣٧٦) رقم (٣٨٦): ضعيف.
حديث عائشة:
وله طريقان:
الأول: أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٢٧) كتاب الأقضية، حديث (٨٣) من طريق الواقدي ثنا خارجة بن عبد الله بن سليمان بن زيد بن ثابت عن أبي الرجال عن عمرة عن عائشة عن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار».
والواقدى محمد بن عمر، متروك.
الطريق الثاني: أخرجه الطبراني في الأوسط كما في نصب الراية (٤/ ٣٨٦) حدثنا أحمد ابن رشدين ثنا روح بن صلاح ثنا سعيد بن أبي أيوب عن أبي سهيل عن القاسم بن محمد عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا إضرار».
والحديث ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ١١٣) وقال: رواه الطبراني في الأوسط وفيه أحمد بن محمد بن الحجاج بن رشدين، قال ابن عدي: كذبوه. ا هـ.
وللحديث طريق آخر أيضًا:
أخرجه الطبراني في الأوسط كما في نصب الراية (٤/ ٣٨٦) حدثنا أحمد بن داود المكي ثنا عمرو بن مالك الراسبي ثنا محمد بن سليمان بن مسمول عن أبي بكر بن أبي سبرة عن نافع بن مالك عن القاسم بن محمد عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار».
قال الطبراني: لم يروه عن القاسم إلا نافع بن مالك.
قلت: وهذا الطريق لم يذكره الهيثمي في المجمع مع أنه على شرطه.
=

غرض بأن كان في وقت نهب، أو كان المسلم فيه حيوانًا يحذر من [علفه أو ثمرة أو لحمًا][1]، يريد أكله عند المحل طريًّا أو كان مما يحتاج إلى مكان له مؤنة كالقطن والحنطة الكثيرين، فلا يجبر، اللهم إلا أن يكون النهب والغارة يوجدان عند العقد فإن ذلك هل يجعل النهب الموجود عند الإقباض كالمعدوم؟ فيه وجهان في «الإبانة».

وإن لم يكن له غرض وكان للمؤدي غرض من فك رهن أو براءة ضامن أو كان عليه في حفظه كلفة، كما قال المتولي، أجبر على القبول.

وفي النهاية: أن من أصحابنا من قال بطرد القولين، في الدين المؤجل، وإن كان للمعجل غرض كيف ما فرض الأمر، ومراده القولين الآتيين في الصورة الثالثة.

= وأبو بكر بن أبي سبرة، قال البخاري: منكر الحديث. التاريخ الصغير (٢/ ١٨٤).
وقال مرة: ضعيف. الضعفاء الصغير (٤١٦).
وقال النسائي: متروك الحديث. الضعفاء والمتروكين (٦٩٧).
وقال الدارقطني: متروك. الضعفاء والمتروكين (٦١٢).
وقال البزار: لين الحديث. كشف الأستار (١١٢٩).
وذكره أبو زرعة الرازي في أسامي الضعفاء (٣٨٠).
حديث أبي سعيد الخدري:
أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٢٨) كتاب الأقضية، حديث (٨٦)، والحاكم (٢/ ٥٧) كتاب البيوع، باب: النهي عن المحاقلة...، والبيهقي (٦/ ٦٩، ٧٠) كتاب الصلح، باب: لا ضرر ولا ضرار، كلهم من طريق الداروردي عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه عن أبي سعيد عن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار».
قال الحاكم: صحيح الإسناد على شرط مسلم، ووافقه الذهبي.
وقال البيهقي: تفرد به عثمان بن محمد - عن الداروردي - قلت: وفي كلام الثلاثة نظر.
أما صحته على شرط مسلم فعثمان بن محمد لم يخرج له مسلم شيئًا. ومع ذلك فهو ضعيف ضعفه الدارقطني.
ينظر: لسان الميزان (٤/ ١٧٥).
وأما قول البيهقي: تفرد به عثمان بن محمد، ففيه نظر أيضًا فقد تابعه عبد الملك بن معاذ النصيبي عن الداروردي به كما في نصب الراية (٤/ ٣٨٥) قال ابن القطان في «كتابه»: وعبد الملك هذا لا يعرف له حال. ا هـ.
وأخرجه مالك (٢/ ٧٤٥) كتاب الأقضية، باب: القضاء في «المرفق» حديث (٣١) عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار» هكذا مرسلاً.

(١) في د: عقله أو غيره.

وهذا يوهم طرد الخلاف في الصورة الأولى أيضًا، وهل يلتحق بهذه الأعذار خوفه من انقطاع المسلم فيه قبل الحلول؟ فيه وجهان.

وإن لم يكن له غرض سوى براءة الذمة ففيه قولان:

أصحهما في الرافعي وهو المنصوص [عليه في المختصر: أنه يجب لما ذكرناه، وهذا كله لا يأباه كلام الشيخ.

ووجه الإمام][1] بأن الأجل حق من عليه الدين، فإذا أسقطه لم يكن لمستحق الحق أن يمتنع، وإذا كان أصل الحق يسقط بإبراء مستحقه من غير شرط القبول على الأصح، فينبغي أن يسقط حق الأجل، من غير حاجة إلى قبول من يستحق أصل الدين، وما قاله هنا قد يظهر أنه مخالف لما حكاه متصلاً بباب تجارة الوصي بمال اليتيم، فإنه قال: من عليه الحق المؤجل إذا أسقط الأجل لم يسقط في حق مستحق الدين، حتى لو أتى به قبل حلول الأجل المذكور لم يجبر مستحق الدين على القبول على القول الصحيح، وهل يسقط الأجل في حق من عليه الدين، حتى لو أراد مستحق الدين مطالبته قبل الحلول يكون له ذلك؟ فيه وجهان انتهى.

ولو كان للممتنع غرض وللمؤدي[2] غرض غير براءة الذمة، ففيه طريقان في النهاية:

أحدهما: أنهما يتساقطان، ويجري القولان.

وأصحهما: أن المرعي جانب المستحق، وعلى هذه الطريقة ينبغي أن يحمل إطلاقه التصحيح قبيل تجارة الوصي، وسلك الغزالي في التفصيل طريقًا آخر فقال: إن كان له غرض في التعجيل أجبر الممتنع على القبول، وإن لم يكن له غرض سوى البراءة - نظر: فإن كان للممتنع غرض فلا يجبر، وإن لم يكن له غرض في الامتناع فقولان.

قال الرافعي: فإن ذكر هذا عن ثبت فهو منفرد بما نقل وإلا فقد التبس الأمر عليه، وحكم سائر الديون فيما ذكرناه حكم المسلم فيه.

ولو أتى بالمسلم فيه في[3] غير المكان الذي استحق قبضه فيه، فإن كان لنقله مؤنة

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: فللمؤدي.
(٣) في جـ: من.

لم يجبر[١] على القبول، وإن لم يكن لنقله مؤنة، كالدراهم والدنانير وما في معناهما، ففي الإجبار على القبض القولان المتقدمان، فيما إذا أتى بالحق قبل حلول الأجل، فإن التفاوت المكاني في الحكم الذي ذكرناه كالتفاوت الزماني، صرح به القاضي الحسين، والإمام في أواخر الباب، [وإن كان قد جزم بقولٍ بعدم الإجبار في أثناء الباب][٢].

فرع: إذا وضع المسلم فيه بين يدي المسلم، هل يكون قبضًا؟

قال القاضي الحسين: ذلك ينبني على أن ذلك هل يحصل به القبض في بيع العين؟

وفيه وجهان:

فإن قلنا: لا يحصل به، فهاهنا كذلك.

وإن قلنا: إنه يحصل، فهاهنا وجهان:

والفرق أن هناك عين ماله أتى بها فأشبه الغاصب، بخلاف ما نحن فيه؛ لأنه يريد أن يجعل مال نفسه ملكًا للمسلم، فأشبه المستقرض إذا أتى بمال القرض، ووضعه بين يدي المقرض لا يخرج عن ضمانه.

[آخر إذا قلنا بإجبار من له الدين على قبضه، فلو كان غائبًا فهل يجب على القاضي قبوله إذا أحضر إليه؟ فيه وجهان مذكوران في الرافعي في الوديعة.

آخر: إذا ادعى من عليه الدين أن الدين حال، وأراد إجبار رب الدين على قبضه. فقال: بل هو مؤجل، وكان في صورة لا يجب فيها قبض المؤجل، فهل القول قول المديون أو رب الدين؟.

حكى الروياني في البحر في آخر الضمان أن والده، قال: يحتمل وجهين، وأصلهما ما إذا عقب الإقرار بالتأجيل][٣].

قال: وإن قبض، ثم ادعى أنه غلط عليه في الكيل[٤]، أو[٥] الوزن لم يقبل في أصح القولين؛ لأن الأصل السلامة من الغلط، مع أن العادة فيمن يقبض حقه

---

(١) في جـ: يجز. (٢) سقط في جـ. (٣) سقط في د.
(٤) في جـ: المكيال. (٥) في التنبيه: و.

بالكيل أو الوزن أن يقبضه جميعه.

والقول الثاني: أن القول قول المسلم؛ لأن الأصل عدم قبض الجميع وبقاء الحق في ذمة المسلم إليه.

وهذا الخلاف قد حكى الشيخ [في المهذب][١]، في باب اختلاف المتبايعين مثله فيما إذا باع منه عشرة أقفزة من صبرة، وسلمها إليه بالكيل، ثم وقع الاختلاف بينهما، كما ذكرناه.

وقال في كتاب السلم: إن كان ما يدعيه قليلاً قبل، وإن كان كثيرًا لم يقبل؛ لأنه لا يبخس بالكثير والقليل، كالواحد من العشرة، والكثير كالثلث والربع، [وحكم الثمن إذا وقع الاختلاف فيه كما ذكرنا، وقد قبضه بالوزن حكم المسلم فيه، صرح به البندنيجي في باب بيع الطعام][٢].

قال: وإن دفع إليه جزافًا[٣]، **فادعى أنه أنقص من حقه، فالقول قوله**: مع يمينه صورة المسألة: أن يحضر المسلم إليه، المسلم فيه، ويقول للمسلم إنه قدر حقه فيقبضه منه من غير كيل ولا وزن، اعتمادًا على قوله أنه قدر حقه، ثم يتلف ويقع الاختلاف بعده فالقبض فاسد، وهكذا[٤] الحكم فيما لو [لم][٥] يقل له المسلم إليه أنه قدر حقه.

ووجه فساده [الجهل بمقدار حقه.

قال البندنيجي، والمحاملي في باب بيع الطعام، ومعنى فساده][٦]، أن القول قول القابض في قدر نقصانه قليلاً كان النقصان، أو كثيرًا؛ لأنه لم يعترف بشيء حتى يؤاخذ بموجبه، والأصل عدم قبض القدر الزائد، وهذا هو تعليل ما قاله الشيخ.

أما إذا كان المقبوض باقيًا واتفقا عليه اعتبرناه، فإن خرج قدر حقه فذاك، وإن زاد استرجعنا الفاضل، وإن نقص كمل له ولا يملك المسلم التصرف في جميعه

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في د. (٣) في د: جزءًا.
(٤) في جـ: وهذا. (٥) سقط في د. (٦) سقط في د.

قبل اعتباره وهل يملكه فيما يستيقن أنه له؟ فيه وجهان، حكاهما المحاملي، قول أبي إسحاق منهما: أنه يصح، وهو الذي صححه المحاملي، وقول ابن أبي هريرة لا، وبه جزم الماوردي لعدم القبض المستحق بالعقد، وادعى الرافعي، أن الجمهور ساعدوا ابن أبي هريرة، لكنه حكى الوجهين فيما إذا باعه طعامًا مكايلة فقبضه جزافًا، وهما عند صاحب حلية الشاشي هما، وفي الحاوي حكاية الوجهين فيما لو كان المقبوض بدلاً عن قرض؛ فإن[1] الأصح الصحة؛ لأن ملك القرض مستقر بخلاف البيع.

وقال: إن الشافعي أشار إليه في الأم.

وقال الإمام في باب بيع الطعام: إن الخلاف المذكور لا يجري فيما إذا كان الحق في الذمة؛ لأن في مسألة بيع الطعام جزافًا، الملك يثبت في معين، فالقبض جرى في المملوك، ويخالف ما في الذمة، فإنه إذا لم يصح القبض لم يملك المقبوض ولم يتعين حقه فيه إذا لم يسبق له حق في العين، ومقتضى هذا أنه لا بد من تجديد القبض بعد الكيل أو الوزن، إن كان المقبوض باقيًا، وإن كان تالفًا فقد ثبت لكل منهما في ذمة الآخر شيء فلا[2] يجيء أقوال التقاص[3]؛ لأنه نوع اعتياض عن المسلم فيه، وذلك لا يجوز.

[تنبيه: الجزاف بكسر الجيم وضمها وفتحها.

قال صاحب المحكم: وهو الجزافة أيضًا.

قال الجوهري: أخذته مجازفة وجزافًا][4].

قال: **وإن وجد بما قبض عيبًا رده**؛ لأن الإطلاق يقتضي السلامة كما في بيع الأعيان، وهل ذلك نقض للملك من أصله، أو من حين الرد؟ فيه وجهان تقدما، تظهر فائدتهما فيما لو كان المقبوض جارية في وجوب الاستبراء، قال: **ويطالب بالبدل**[5]؛ لأن حقه ثابت في الذمة، وهذا إذا لم يرض به، أما إذا رضي به فله إمساكه.

قال: **فإن**[6] **حدث عنده عيب آخر طالب بالأرش**، كما في البيع.

---

(١) في د: وإن. (٢) في د: ولا. (٣) في ج: والتقاض.
(٤) سقط في د. (٥) في التنبيه: ببدله. (٦) في التنبيه: وإن.

قال في التتمة: وفيه وجه آخر، أنه يرده، ويرد معه الأرش، ويطالب بحقه، وطرده فيما لو اطلع على العيب بعد تلفه، وقال: برد بدله من مثل أو قيمة ويطالب بالمسلم [فيه][١].

قال: فإن[٢] **أنكر المسلم إليه، وقال: الذي أسلمت[٣] إليك غيره، فالقول قول المسلم إليه، مع يمينه.**

لأنهما قد اتفقا على جريان القبض المبرئ في الظاهر، والمسلم يدعي[٤] مرجعًا على المسلم إليه، والأصل عدمه، وصار هذا كما لو أحضر المشتري عبدًا بعينه وادعى أنه المبيع، وأنه معيب، فأنكر البائع أنه المبيع، فإن القول قوله.

وفي النهاية حكاية وجه [آخر][٥]، قبيل كتاب السلم أن القول قول المسلم، فإنهما اتفقا على اشتغال ذمة المسلم إليه، والمسلم إليه يدعي براءة ذمته، والأصل اشتغالها، وليس كذلك العبد المعين، فإنهما اتفقا على أن المشتري قبض ما اشتراه، ثم اختلفا في أن العقد هل ينفسخ بعد ذلك، أم لا؟

والأصل بقاء العقد، وهذا موافق لما حكي عن القاضي أبي الطيب في شرح المولدات.

والخلاف يجري في الثمن الواقع في الذمة والمثمن.

وذكر ابن سريج وجهًا[٦] ثالثًا في الثمن، أنه لو قال البائع: الدراهم التي تسلمتها[٧] زيوفًا، وليست ورقًا، فالقول قوله، فإنه منكر أصل القبض، وإن قال: هي معيبة، فالقول قول المشتري حينئذ، فإن أصل القبض ثابت بدليل أنه لو رضي القابض به عد ثمنًا وجرى عوضًا، وهذا ما حكاه الماوردي قبيل «باب بيع اللحم باللحم».

فروع:

لا يجب على المسلم في التمر قبوله إلا جافًّا، ولا يلزمه قبوله إذا أتي به وقد

---

(١) سقط في ج. (٢) في التنبيه: وإن. (٣) في التنبيه: سلمت.
(٤) في د: والمدعي. (٥) سقط في د. (٦) في د: بالباقي.
(٧) في د: تسلمها.

انتهى إلى غاية الجفاف، بحيث لم يبق فيه نداوة؛ لأن ذلك نقص، وإذا أسلم في الرطب لم يقبل بسرًا، ولا مذنبًا ولا منصفًا، حتى يكون رطبًا [كله][(١)]، وإذا كان رطبًا لم يقبل مشدخًا.

قال الشافعي: ولا محلقًا وهو إذا ذهب من كل رطبة بعضها بأكل أو غيره، ولا يقبل منه ناشفًا، قاله [القاضي][(٢)] البندنيجي.

وليس عليه أن يأخذ من الحبوب، ما اختلط بغيره من جنس آخر، وكذا من قصل أو زوان، وكذا من تراب إن كان السلم فيه بالوزن، وإن كان بالكيل فيغتفر فيه من التراب والتبن، ما لا يظهر له أثر في المكيال.

* * *

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في د.

باب القرض

القرض: بفتح القاف وكسرها في اللغة: القطع؛ ومنه قولهم للثوب المقطوع: مقروض، وأطلق على المعنى المراد في هذا الباب؛ لأن المقرض يقطع قطعة من ماله[1]، يدفعها إلى المقترض؛ ولهذا المعنى سمي المقارض مقارضًا، ويقال: أقرضه يقرضه، واستقرضت منه طلبت منه القرض، واقترضت منه أخذت منه القرض، وقد ذكرنا أنه يطلق على القرض: سلف. وهي لغة أهل الحجاز.

والقرض لغة أهل العراق.

والأصل في مشروعيته: ما روى مسلم، عن أبي رافع، أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكرًا، فوردت عليه إبل من الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع إليه أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا خيارًا رباعيًّا؛ فقال: «أعطه إياه، إن خيار الناس أحسنهم قضاء»[2].

وروى البزار عن ابن عباس، قال: «اسْتَسْلَفَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ أَرْبَعِينَ صَاعًا وَأَعْطَاهُ أَرْبَعِينَ فَضْلًا، وَأَرْبَعِينَ بِسَلَفِهِ، فَأَعْطَاهُ ثَمَانِينَ[3]».

وروى إبراهيم بن عبد الله بن ربيعة عن أبيه، عن جده قال: استقرض منى رسول الله ﷺ أربعين ألفًا، ثم أتى بمال فقال: ادعوا لي ابن أبي ربيعة، فقال: «هَذَا مَالُكَ، فَبَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي مَالِكَ وَوَلَدِكَ إِنَّمَا جَزَاءُ السَّلَفِ الْحَمْدُ وَالْوَفَاءُ»[4] [وأخرجه النسائي بغير هذا اللفظ][5].

وروي أنه - عليه السلام - اقترض من رجل صاعًا، ورد عليه صاعين.

قال: القرض مندوب إليه؛ لما روى مسلم عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «مَنْ كَشَفَ عَنْ مُسْلِمٍ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ الدُّنْيَا، فَرَّجَ[6] اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ،

---

(1) زاد في جـ: من.

(2) تقدم.

(3) أخرجه البزار (١٣٠٧ كشف الأستار)، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ١٤١) وقال: رجاله رجال الصحيح خلا شيخ البزار وهو ثقة.

(4) أخرجه أحمد في المسند (٤/ ٣٦)، وابن ماجه (٤/ ٧٨) كتاب الصدقات، باب: حسن القضاء، برقم (٢٤٢٤) والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣٥٥)، كتاب البيوع، باب ما جاء في جواز الاستقراض وحسن النية في قضائه.

(5) سقط في د.

(6) في جـ: كشف.

وَاللهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ، مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي حَاجَةِ أَخِيهِ»[(١)].

[وروى مسلم عن أبي قتادة، قال: سمعت رسول الله ﷺ قال: «مَنْ سَرَّهُ أَنْ يُنْجِيَهُ اللَّهُ مِنْ كُرَبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ، فَلْيُنَفِّسْ عَنْ مُعْسِرٍ، أَوْ يَضَعْ عَنْهُ»][(٢)]، والقرض مما[(٣)] يحصل به تفريج الكربة [والتنفيس][(٤)] وقد روي عن كل من ابن عباس وابن مسعود وأبي الدرداء أنه قال: لأن أقرض مرتين أحب إليَّ من أن أتصدق مرة[(٥)].

وروى البزار عن ابن مسعود أنه ﷺ قال: «قَرْضُ مَرَّتَيْنِ [يَعْدِلُ][(٦)] صَدَقَةَ مَرَّةٍ»[(٧)]، وإنما كان القرض خير من الصدقة؛ لأنه لا يأخذه إلا محتاج إليه؛ بخلاف الصدقة[(٨)].

قال: **ويجوز قرض كل ما يثبت في الذمة بعقد السلم** أي من عين ومنفعة، [كما صرح به المتولي][(٩)].

والأصل فيه في الحيوان، والدراهم، وما يكال: الأحاديث السابقة، وفيما عدا ذلك: القياس على المنصوص عليه، ولأنه عقد تمليك؛ يثبت العوض فيه في الذمة؛ فجاز فيما يملك ويضبط بالصفة كالسلم، ولا يستثنى من ذلك إلا ما سنذكره من الجواري.

---

(١) أخرجه النسائي (٧/ ٣٦٠) كتاب البيوع، باب: الاستقراض، برقم (٤٦٩٧) بلفظ: بارك الله لك في أهلك ومالك، إنما جزاء السلف الحمد والأداء.

(٢) سقط في د، والحديث أخرجه مسلم (٣/ ١١٩٦) كتاب المساقاة، باب فضل إنظار المعسر (١٥٦٣).

(٣) في د: ما.

(٤) سقط في د.

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣٥٣).

(٦) سقط في د.

(٧) أخرجه البزار (٥/ ٤٤، ٦٣) برقم (١٦٠٧، ١٦٣١)، وأحمد (١/ ٤١٢)، وابن ماجه (٤/ ٨٢) كتاب الهبات، باب: القرض، برقم (٢٤٣٠)، والطبراني في المعجم الكبير (١٠/ ١٥٩) برقم (١٠٢٠٠)، وابن حبان (١١/ ٤١٨) برقم (٥٠٤٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣٥٣) من حديث ابن مسعود - رضي الله عنه - مرفوعًا، وذكره ابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/ ٦٠٢) وقال: قال الدارقطني: الموقوف أصح، وضعفه البيهقي مرفوعًا.

(٨) قوله: وقد روي عن كل من ابن مسعود وابن عباس وأبي الدرداء أنه قال: «لأن أقرض مرتين أحب إلي من أن أتصدق مرة». وروى البزار عن ابن مسعود أنه ﷺ قال: «قرض مرتين يعدل صدقة مرة»، وإنما كان القرض خيرًا من الصدقة؛ لأنه لا يأخذه إلا محتاج إليه، بخلاف الصدقة. انتهى.
وهذا الحكم الذي استدل عليه، وهو تفضيل القرض على الصدقة - لم يتقدم له ذكر؛ بل تقدم ما يقتضي عكسه؛ فإن الحديث والآثار التي ذكرها تدل على أن الصدقة من حيث هي أفضل من القرض، على خلاف ما استنبطه منها. [أ و].

(٩) سقط في د.

ويشترط في المقترَض: أن يكون معلوم القدر والصفة؛ [لأنه][1] يحتاج إلى رد بدله فافتقر إلى معرفة ما يرجع به، كما في القراض، صرح بذلك البندنيجي هاهنا، وجعله القاضي أبوالطيب، والماوردي أصلاً وقاسا عليه القول، باعتبار ذلك في رأس مال السلم، ويكفي في التقدير الكيل أو الوزن، [وإن كان مكيلاً][2].

وعن القفال: أنه لا يجوز أن يقرض ما يكال مما يجري فيه الربا.

كما قيده في التتمة إلا كيلاً، وما يوزن إلا وزنًا، وحكاه الماوردي وجهًا، والأول أصح.

وهذا إذا كان المقرض عينًا، أما إذا كان دينًا، مثل أن يقول أقرضتك عشرة دراهم صفتها كذا [وقبل][3]، فإن عين في المجلس صح، وإن عين بعد مفارقة المجلس.

قال في المهذب[4]: إن لم يطل الفصل جاز، وإن طال لم يجز حتى يعيد لفظ القرض[5].

قال: **وما لا يثبت في الذمة بعقد السلم؛ كالجواهر، والخبز، والحنطة المختلطة بالشعير لا يجوز قرضه**؛ لأن ما كان وصفه شرطًا في صحة العقد عليه لا يجوز العقد عليه عند تعذر الوصف كالمسلم فيه، وهذه مادة ما حكينا في رأس مال السلم عن العراقيين، وقد صار إلى هذا البصريون من أصحابنا، وبه جزم القاضي الحسين، وصاحب التلخيص.

---

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في د.

(٤) في جـ: التهذيب.

(٥) قوله: وهذا إذا كان المقرض عينا، أما إذا كان دينا مثل أن يقول: أقرضتك عشر دراهم صفتها كذا، وقبل؛ فإن عين في المجلس صح، وإن عين بعد مفارقة المجلس.
قال في «المهذب»: إن لم يطل الفصل جاز، وإن طال لم يجز حتى يعيد لفظ القرض. انتهى كلامه.
اعلم أن اشتراط التعيين لا يستلزم اشتراط القبض كما أوضحوه في الكلام على الاستبدال عما في الذمة، وفي كتاب الصلح، وصاحب «المهذب» لم يذكر التعيين، وإنما شرط القبض، فقال: وإن قال أقرضتك ألفا، وقبل، وتفرقا، ثم دفع إليه ألفا-: فإن لم يطل الفصل جاز؛ لأن الظاهر أنه قصد الإيجاب، وإن طال الفصل لم يجز حتى يعيد لفظ «القرض»؛ لأنه لا يمكن البناء على العقد مع طول الفصل. هذا لفظه. على أن المسألة فيها نظر، وقد نقلها صاحب «البحر»، ثم عزاها بعد ذلك إلى «المهذب». [أ و].

وحكاه الإمام عن جماهير الأصحاب، وذهب البغداديون من أصحابنا إلى صحة القرض، اعتبارًا ببيعه، وبنى القاضي أبو الطيب وغيره الخلاف على الخلاف الآتي في أن الواجب في رد ما لا مثل له حقيقة [رد][(١)] المثل الصوري، أو القيمة فإن قلنا بالأول، لم يجز القرض، وإلا جاز، وضمنه بالقيمة، وهذا ما جزم به المحاملي في الجواهر، وإن أجرى الخلاف في أن الواجب فيما لا مثل له حقيقة رد المثل الصوري أو القيمة.

وقال في الشامل: إنه الذي صار إليه الشيخ أبو حامد.

ويلزم هذا القائل من العراقيين أن يفرق بين هذا، وبين رأس مال السلم، وله أن يفرق بما ذكرناه عن الإمام ثم إن لم يلاحظ ما علل به أبو إسحاق قول[(٢)] اشتراط[(٣)] القدر والوصف ثم، وقد جزم المتولي بجواز إقراض الخبز، وحكى وجهين في جواز إقراض الخمير، وعلل ذلك باتفاق أهل الأمصار عليه، ثم المعتبر فيهما على قول الجواز [الوزن][(٤)] وفي الكافي أنه يجوز إقراض الخبز وزنًا وعددًا.

[ومما يندرج في كلام الشيخ، قرض منفعة دار بعينها؛ لأنه لا يجوز السلم فيها، وقد صرح بذلك القاضي الحسين في كتاب الغصب، ومن جوز نظرًا إلى جواز البيع قد يجوز ذلك[(٥)]][(٦)].

قال: **ولا يجوز أن يقرض الجارية لمن يملك وطأها** أي: يحل له وطؤها في الجملة؛ لأن ملك القرض غير مستقر؛ من حيث إن للمقرض استرجاعه وللمقترض رده، والوطء لا يجوز إلا في ملك تام لئلا يصير الإنسان مستبيحًا للوطء بغير بدل،

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: فيقول.
(٣) زاد في د: ذكر.
(٤) سقط في د.
(٥) قوله: ومما يندرج في كلام الشيخ قرض منفعة دار بعينها؛ لأنه لا يجوز السلم فيها، وقد صرح بذلك القاضي حسين في كتاب الغصب، ومن جوَّز نظرًا إلى جواز البيع قد يجوز ذلك. انتهى كلامه.
وهذا الذي ذكره بحثا معناه: أن من جوز السلم نظرًا إلى جواز البيع - يعني الإجارة - قد يجوز قرضها، وحاصل ما ذكره الجزم بالمنع، وليس فيه إلا ما ذكره بحثا. إذا علمت ذلك فقد جزم بعد ذلك - بدون ورقة - بعكسه، فقال: إن القبض في المنافع المقرضة يكون بقبض العين المستوفى منها، وهو يقتضي جواز قرض المنافع. [أ و].
(٦) سقط في د.

وليس هذا كالأب إذا وهب جارية لولده يحل له وطؤها مع جواز استرجاع الأب [لها][(١)]؛ لأن الملك من جهة الابن لازم وهو[(٢)] ما نص عليه الشافعي في القديم والجديد، كما صرح به البندنيجي.

قال الماوردي: ولا يصح ماذهب إليه المزني من تأويل كلام الشافعي [في جواز قرضهن أن يكون قولاً ثانيًا - كما وهم بعض المتأخرين من أصحابنا - بل منصوصات الشافعي][(٣)] كلها دالة على التحريم.

وفي الوسيط: أن للشافعي في ذلك قولين منصوصين، وأن القياس الجواز كما في العبيد، وهكذا رأى الإمام وبنى بعضهم الخلاف على أن المال المقترض بماذا يملك؟

فإن قلنا بالقبض جاز، وإلا فلا؛ لما في إثبات[(٤)] اليد على أجنبية من خوف الوقوع في الوطء، وهذا ما حكاه الإمام عن الأكثرين، وعكس الشيخ أبو علي ذلك فقال: إن قلنا: يملك بالقبض لم يجز؛ لما ذكرناه أولاً.

وإن قلنا: لا يملك به فيجوز؛ لأن الوطء يخرج عن أن يكون في صورة الإباحة.

قال: **ويجوز لمن لا يملك وطأها** يعني: كالأخت من النسب أو الرضاع، ومن هي محرمة عليه تحريمًا مؤبدًا؛ لأن المحذور فيها منتفٍ، فأشبه قرض العبيد.

وهذا ما ادعى الرافعي، والغزالي نفي الخلاف فيه، ونسبه الماوردي إلى البغداديين، وحكى وجهًا هو قول البصريين من أصحابنا: أنه لا يجوز قرضها أيضًا، وطرده في جواز اقتراض المرأة الجارية.

قال: «**ويملك المال فيه بالقبض**» القرض لا بد فيه من الإيجاب والقبول عند العراقيين، وصاحب التهذيب؛ لأنه تمليك، كالبيع، والهبة.

وينعقد بالكتابة في حال الغيبة على وجه.

وحكى الغزالي وجهًا: أن القبول لا يشترط في الحضور؛ لأنه إذن في الإتلاف بشرط الضمان.

وادعى الإمام، أنه أظهر، وحكى المتولي أن الإيجاب والقبول ليس بشرط، بل إذا

---

(١) سقط في د.
(٢) في ج: وهذا.
(٣) سقط في د.
(٤) في ج: الثبات.

قال: أقرضني كذا، أو أرسل إليه رسولاً فبعث إليه المال، صح [القرض وثبت حكمه،][(١)].

وهكذا لو قال رب المال: أقرضتك هذه الدراهم [وسلمها إليه فقبضها][(٢)]، ثبت القرض.

والذى أورده المعظم الأول.

ثم صيغة الإيجاب أن يقول: أقرضتك أو أسلفتك، [أو ملكتك][(٣)] على أن ترد عليَّ بدله، فلو قال: ملكتك ولم يذكر رد البدل، فهو هبة.

وفي التتمة: أنه إذا قال: خذ هذه الدراهم وتصرف فيها لنفسك، أو قال: خذ هذا الطعام، وازرعه لنفسك، هل يكون قرضًا أم لاً؟ فيه وجهان:

وجه المنع: أن ارتفاق الغير بمال الغير قد يكون على سبيل القرض، وقد يكون على سبيل الهبة، واللفظ يحتملهما، فلا يقطع حقه عن ملكه إلا بيقين.

[وقد أبدى الإمام هذا الخلاف ترددًا عن القفال في باب بيع الطعام][(٤)].

وقريب من هذا الخلاف ما حكاه الغزالي في كتاب القراض فيما إذا قال: اشتر لى هذا الثوب بفرسك، [ففعل][(٥)] فإنه هل يصح للآمر؟ [فيه][(٦)] وجهان.

[وإذا صح فهل يُعَدُّ[(٧)] انتقال الفرس إلى الآمر بطريق القرض أو الهبة؟ وجهان: و][(٨)] إذا تقرر ذلك فمتى يملك المال فيه [بعد صدور العقد]؟[(٩)]

فيه قولان منتزعان من كلام الشافعي:

أحدهما - كما قال الشيخ: أنه يملك بالقبض، وهو الصحيح؛ لأنه إذا قبضه ملك التصرف فيه من جميع الوجوه، ولو لم يملكه لما ملك التصرف فيه؛ إذ ليس هو نائبًا عن المالك، ولا ولِّي عليه؛ ولأن الملك يحصل في الهبة للولد بالقبض ففي القرض أولى؛ لأن للعوض مدخلاً فيه، [وعلى هذا يكون القبض في المنافع المقرضة بقبض

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: يغدر.
(٨) سقط في جـ.
(٩) سقط في د.

العين المستوفى منها][1].

قال: وقيل: **لا يملك إلا بالتصرف**؛ لأنه لما كان للمقترض[2] قبل التصرف رده بعينه على المقرض، [وللمقرض استرجاعه][3] دل على أنه ملكه؛ ولأنه إزالة ملك بعوض، فوجب ألا يزول إلا بتقدير العوض، وما دام عين المال في يده لم يتقرر البدل في ذمته، وإنما يتقرر بإزالة اليد، وهذا ما اختاره في المرشد.

التفريع:

إن قلنا: إنه يملكه بالقبض، فهل للمقرض أن يرجع فيه ما دام باقيًا في يد المستقرض بحاله؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا؛ صيانة لملكه، وله أن يؤدي حقه من موضع آخر، وهذا ما حكاه البندنيجي، والبغوي.

وأظهرهما عند الأكثرين، وبه أجاب الماوردي: أن له ذلك؛ لأنه يملك مطالبته بالبدل، جبرًا لحقه، فأولى أن يكون له المطالبة بما هو عين حقه، فعلى هذا لو زال ملكه عنه ثم عاد، فهل يثبت له الرجوع في عينه أو بدله؟ فيه وجهان.

[و][4] في الحاوي: إن[5] قلنا: إنه يملكه بالتصرف، فمعناه: إنه إذا تصرف تبين ثبوت الملك فيه[6].

وفي البسيط حكاية وجه آخر: أنا نتبين دخوله في ملكه حال القرض، وهذا يؤخذ مما حكاه القاضي أبو الطيب، عن شرح التلخيص من أن الملك في القرض يراعى[7] إلى أن يرجع فيه المقرض، فنتبين أنه لم يكن مستقرًّا أو يتلفه المستقرض، فنتبين أنه كان مستقرًّا، وعلى القولين يتخرج وجوب النفقة على المقرض، فإن قلنا: ملك بالقبض إما ناجزًا أو نسيئًا كانت على المقترض، وإن قلنا بالتصرف يملكه، فهي على المقرض.

ثم ما التصرف الذي يملك به؟ فيه [أوجه ثلاثة][8].

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: المقترض.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: في.
(٥) في د: وإن.
(٦) في د: قبله.
(٧) في د: مراعى.
(٨) في د: وجهان في الحاوي.

أظهرها: أنه كل تصرف يزيل الملك.

والثاني: كل تصرف [لازم][1] يتعلق[2] بالرقبة.

والثالث: كل تصرف يستدعي الملك، فعلى الوجوه يكفي البيع والهبة والإعتاق والإتلاف، ولا يكفي التزويج والرهن والإجارة، وطحن الحنطة وخبز الدقيق وذبح الشاة على الوجه الأول، ويحكم ببطلان التزويج والإجارة على ما حكاه في التهذيب، ويكفي ما سوى الإجارة على الثاني.

قلت: ويتجه أن يكون ذلك في الإجارة، بناء على أن موردها المنفعة.

أما إذا قلنا: [إن][3] موردها العين، فينبغي أن يكفي[4] أيضًا، وما سوى الرهن يكفي على الثالث؛ لأن الرهن يجوز أن يكون في المستعار.

وعن الشيخ أبي محمد عبارة أخرى، وهي أن التصرف الذي يملك به القرض، وهو التصرف الذي يقطع رجوع [البائع والواهب][5] عند إفلاس[6] المشتري، وهذا يقتضي أن التزويج وذبح الشاة، ونحو ذلك والإجارة على قول -لا يثبت الملك.

وعلى الأول هل يفيد نقل الملك البيع بشرط الخيار؟

إن قلنا: لا يزيل الملك فلا؟ وإن قلنا: يزيله فوجهان.

ولو استقرض من يعتق عليه، عتق عليه إذا قبضه على القول بأنه يملك به، وإلا فلا يعتق، حكاه في المرشد، والرافعي.

وقال صاحب التهذيب: يجوز أن يقال: يعتق، ويحكم بالملك قبله.

قلت: وهذا ما حكاه في التتمة، وقال: وجهًا واحدًا؛ لأنه لو كان عبدًا أجنبيًّا، وأعتقه نفذ، وكل سبب يفيد اعتبار عتق الأجنبي، يفيد عتق القريب.

قال: **ويجوز أن يشترط فيه الرهن والضمين**؛ لأن ذلك ليس بزيادة في البدل، وإنما هو استيثاق للقدر[7] المستحق؛ وهو من مصلحة العاقدين، وقد استدل بعضهم على

---

(١) سقط في جـ.

(٢) في د: معلق.

(٣) سقط في د.

(٤) في د: تكون.

(٥) في د: الواهب والبائع.

(٦) في جـ: الإفلاس.

(٧) في جـ: القدر.

الجواز بأن النبي ﷺ مات ودرعه مرهون عند أبي الشحم اليهودي؛ على شعير أخذه لأهله[١].

وقاس الضمان عليه بجامع اشتراكهما في الوثيقة؛ وهذا لا دلالة له فيه على المدعي؛ إلا أن يكون الرهن وقع بالشرط حال العقد، ولا فرق في ذلك بين أن يكون المال المقترض من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم؛ ولا بين أن يقول: إنه يملك بالقبض أو بالتصرف، ولا بين أن تكون القيمة أو المثل معلومًا لهما أو مجهولاً، إذا قلنا: إنه لا بد بعد جريان القبض[٢] من الإيجاب والقبول في عقد الرهن؛ كما سنذكره في كتاب الرهن.

وحينئذ يشترط العلم بمقدار ما يرهن به أو يضمن، وهل يصح الوفاء بالشرط بعد القبض، [وقبل التصرف؟

ينظر: إذا قلنا: إنه يملك به، فنعم، وكذا إن قلنا : إنه لا يملك إلا بالتصرف، وكان المقبوض][٣] من ذوات الأمثال، أو من ذوات القيم.

وقلنا: إن الواجب قيمة المثل الصوري، أو القيمة وقت القبض؛ لأن ذلك معلوم، وسيأتي في كتاب الرهن حكاية عن الإمام أن الرهن بثمن المبيع في زمن الخيار، إذا قلنا: إن البائع لا يملكه - لا يصح على الظاهر؛ لوقوعه قبل ثبوت الملك، ولا شك أن هذا يجري هاهنا إذا[٤] قلنا: لا يملك إلا بالتصرف، ويجيء في الضمان أيضًا؛ لأن البندنيجي وغيره مصرحون بأن الضمان لا يصح إلا فيما يصح الرهن به، إلا في مسألة ضمان الدرك، على النص والأول يقتضيه إيراد الرافعي؛ فإنه قال: لو قال: أقرضتك هذه الدراهم وارتهنت بها عبدك، فقال: استقرضتها وارتهنت فوجهان:

أصحهما وهو ظاهر النص [صحته][٥]، أما إذا قلنا: لا يملك إلا بالتصرف، والواجب رد القيمة أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين الملك، [فلا يصح للجهل بقدر الدين][٦] وعلى هذا لا يظهر لاشتراط[٧] الرهن معنى إذا قلنا: إن التصرف

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ٥٠١) كتاب المغازي، باب: وفاة النبي ﷺ، حديث (٤٤٦٧) ومسلم (٣/ ١٢٢٦) كتاب المساقاة، باب: الرهن وجوازه في الحضر والسفر، برقم (١٦٠٣).

(٢) في د: القرض.

(٣) سقط في د.

(٤) في ج: وإذا.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في د.

(٧) في ج: الاشتراط.

الناقل للملك هو ما يزيل الملك؛ إذ شرط الرهن والضمين لا يوجب إجبار الشارط على الوفاء به، بل يثبت الخيار في فسخ العقد عند عدم الوفاء بالشرط، والرجوع إلى العين، وبعد[(١)] زوال الملك، لا يتمكن من ذلك.

فرع: قال الماوردي: إذا قال رجل لآخر: أقرض زيدًا مائة درهم، وأنا لها ضامن فهذا جائز، فإذا أقرض زيدًا لزمه الضمان.

وحكى الرافعي في كتاب الضمان عن الروياني: أن المذهب أنه لا يجوز[، وعن ابن سريج تجويزه.

قال:][(٢)] **ولا يجوز شرط الأجل فيه؛** لأنه عقد منع التفاضل فيه، فمنع من دخول الأجل فيه؛ لأنه يقتضي جزءًا من العوض كالصرف.

قال الماوردي: وكان بعض أصحابنا يغلط فيذهب إلى جواز القرض مؤجلاً؛ متمسكًا فيه بقول الشافعي في كتاب الفلس، وإن وجد الحاكم من يسلفه المال حالاً لم يجعله أمانة.

فإن دليل هذا الكلام جواز القرض مؤجلاً.

قال مجلي: واتفق الأصحاب على تخطئته.

قال الأصحاب:ويصير الحال مؤجلاً فيما إذا أوصى من له الحق ألا يطالب به إلا بعد شهر مثلاً ومات [كما حكاه المتولي، وسمعت من بعض مشايخنا أنه يتأجل بالنذر أيضًا[(٣)].

---

(١) في ج: وتعذر.

(٢) سقط في ج.

(٣) قوله: قال الأصحاب: ويصير الحال مؤجلا فيما إذا أوصى من له الحق ألا يطالب به إلا بعد شهر مثلا كما حكاه المتولي، وسمعت من بعض مشايخنا أنه يتأجل بالنذر أيضا. انتهى كلامه.
ومقتضاه: أنه لم يقف على نقل في هذه المسألة، وهو غريب؛ فقد ذكرها - أيضا - المتولي عقب هذه المسألة التي نقلها هو عنه من غير فصل بينهما، فقال في الباب الخامس من أبواب البيع: الثامن: إذا كان له حق حل أجله، فقال: إن شفى الله مريضي، أو: رجع غائبي - فلله علي ألا أطالبه شهرًا - فالحكم فيه كالحكم فيما لو نذر عيادة المرضى وتشييع الجنائز. هذا كلام المتولي، وقد ذكرها - أيضا - الروياني في «البحر» في كتاب البيع، قبل باب بيع اللحم بالحيوان بنحو ورقة، فقال: إن فيه وجهين كالوجهين فيما إذا نذر تشييع الجنازة. وهذا الكلام يقتضي أن الراجح من الوجهين هو الوجوب؛ لأنه الراجح في تشييع الجنائز وأنظاره.
وما نقله المصنف عن «التتمة» قد جزم به الرافعي في باب الفساد من جهة النهي، إلا أنه لم يصرح بكونه يصير مؤجلا، بل بوجوب الإمهال، قال المصنف في «المطلب»: وإنما تنفذ الوصية بعدم =

وعلى المذهب الصحيح إذا شرط الأجل، في وقت نهب أو غارة، فهو مفسد، كما إذا شرط [شرطًا](١) جر منفعة كذا حكاه في الوسيط](٢).

= المطالبة إلى مدة بشرط أن يخرج فيه الدين من الثلث؛ لأنهم قالوا: إن البيع بثمن مؤجل يحسب كله من الثلث إذا لم يحل منه شيء قبل موت الموصي؛ لأنه منع الورثة من التصرف فيه فكان كإخراجه عن ملكهم، وهذا مثله. ثم قال: وأنا أقول: إذا قلنا: إن الملك ينتقل في المبيع في زمان الخيار، ويجوز إلحاق الزيادة بالعقد - كان ذلك صورة أخرى؛ لأن الدين كان حالا وقد تأجل. قال: بل هذه بالذكر أولى؛ لأن ما كان حالا تأجل، وما عداها قد يقال: إن الدين باق بصفته، وإنما يمنع من طلبه مانع كالإعسار. ذكر ذلك في آخر الباب الثالث من أبواب البيع.
وهذا الاحتمال الذي أبداه ابن الرفعة من كونه حالًّا امتنعت المطالبة به لعارض، بحث ظاهر، وله فوائد:
منها: إذا عجله المدين قبل المدة لغرض البراءة، فهل يجبر رب الدين جزمًا - أي: على أحد الأمرين، وهما القبول والبراءة - كسائر الديون الحالة، لا سيما أن هذه المدة لم تقع برضا المدين، أم يتخرج على الخلاف في الدين المؤجل؟
ومنها: الحنث إذا حلف: لا مال له، وقلنا بالتفصيل بين الحال والمؤجل.
ومنها: إذا أفلس المدين فهل لصاحبه المطالبة به؟ إن قلنا: إنه من باب التأجيل، فيأتي فيه الخلاف في حلول المؤجل بالإفلاس، وإن قلنا: إنه حال منع من المطالبة به مانع، فالمتجه عدم المطالبة لقيام المانع، ويحتمل خلافه؛ لما فيه من الضرر، ويحتمل التخريج على المؤجل؛ لأن الواجب بالنذر لا يزيد على الواجب الأصلي، ويحتمل التفصيل بين أن يقول: لله علي ألا أستوفيه إلا بعد كذا وكذا ونحو ذلك؛ فلا يحل، أو يقول: لله علي تأجيله. وهذا كله إذا كان الناذر والمديون حيَّيْن، فإن كان المديون ميتا فلا شك أن المسارعة إلى براءة ذمته واجبة إذا حلف وفاءً، وحينئذ فلا يؤثر النذر حتى لو رضي الوارث ورب الدين معا بالتأخير لم يجز؛ لما ذكرناه، وأيضا: فلأن قصد الناذر التبرع برفق المديون، وقد زال ذلك بموته. وإن كان الناذر ميتا فالمتجه بقاء المدة، سواء كان وارثه رشيدًا أم محجورًا عليه؛ لأن من ورث مالا ورثه بحقوقه التي عليه والتي له، ويحتمل التفصيل السابق، وهو الفرق بين أن يلتزم التأجيل أو عدم مطالبته هو، ومن تفاريع المسألة إخراج الزكاة عن ذلك المال، فنقول: للنذر حالان:
أحدهما: أن يكون بعد تمام الحول فلا إشكال في وجوب إخراج قدر الزكاة، غير أنه هل يستثنى ذلك القدر من وجوب الإنظار؛ لأن الملك فيه لغيره؛ بناء على الصحيح، وهو أن الفقراء شركاء رب المال، أو يجب الإنظار فيه - أيضا - وهو المتجه لكونه قادرا على تمام نذره بجواز الإخراج من غيره؛ كما قلنا به فيما إذا رهن مالا زكويًّا وحال عليه الحول، بل الإخراج من غيره عند القدرة هاهنا أولى؛ لأن الرهن سابق على الوجوب، بخلاف النذر.
الحال الثاني: أن يكون قبل تمام الحول، ففي إلحاقه بما بعد الحول احتمال؛ لأن النذر في هذه الحالة يصرف منه قبل تعلق نصيب الفقراء، وقياس مسألة الرهن وجوب الإخراج من غيره عند القدرة ومنه عند عدمها.
وهذه الأمور التي ذكرناها خلاف موضوع الكتاب، واللائق بذلك إنما هو كتابنا «المهمات». [أ و].

(١) سقط في جـ. (٢) سقط في د.

وحكى في البسيط [وجهًا آخر: أنه يصح][(١)].

ووجهه بأن الأجل تأخير المطالبة، وهو سقوط في حقه، فلا نظر إلى بوادر الأحوال، وإن لم يكن في وقت نهب فلا أثر لذلك.

وفي الحاوي حكاية الوجهين من غير تقييد.

أحدهما: أن ذلك يبطل القرض؛ لاشتراط ما ينافيه.

والثاني: وهو قول ابن أبي هريرة أن القرض صحيح، وهو ما جزم به المتولي؛ لأنه وعد وهو لا يلزم، لكن المستحب الوفاء به، وكذا فيما إذا أجل الدين الحال بعد لزومه لا يتأجل، ولكن المستحب الوفاء بالوعد.

قال: **ولا شرط جر منفعة، مثل أن يقول: أقرضتك ألفًا على أن تبيعني دارك بكذا، أو ترد عليَّ أكثر**[(٢)] **من مالي أو تكتب لي به سفتجة** أي: كتابًا لوكيله أو تأتيه في بلد آخر لتدفع إليه بدله، فنوفر عليه مؤنة الحمل، ويحصل له الأمن من خطر الطريق.

والدليل على منع ذلك ما روي عنه ﷺ: أنه نهى عن قرض جر منفعة.

وروى أنه ﷺ قال: «كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً فَهُوَ رِبًا»[(٣)].

وعلى هذا لا يملك المستقرض المال، ولا يجوز له التصرف فيه، قاله المتولي.

وفي البيان نقل وجه: أنه لا يفسد بذلك.

وقيل: شرط الزيادة في البدل إنما يضر إذا كان مما يجري فيه الربا، أما ما لا ربا فيه فلا يضر شرطها فيه وكذلك شرط رد الأجود، وهذا قول ابن أبي هريرة، وأبى حامد المروروزي.

ووجهه الماوردي : بأنه لما جاز مثل هذا في البيع، ولم يجز مثله في القرض انصرف هذا العقد عن حكم القرض إلى البيع؛ نظرًا إلى المعنى[(٤)]، وهذا ليس بشيء؛ لعموم الخبر، ثم إذا حصل البيع في الصورة الأولى، فالحكم فيه كما ذكرنا فيما إذا قال: بعتك هذا العبد بعشرة على أن تبيعني دارك بمائة.

---

(١) سقط في د.
(٢) في التنبيه: أجود.
(٣) تقدم.
(٤) في جـ: للمعنى.

قال: **فإن بدأه[1] المستقرض بذلك من غير شرط جاز.**

لحديث أبي رافع والحديث المذكور معه، وهذا إذا لم تجر عادة المستقرض برد زيادة، أما إذا كان من عادته ذلك، فمنهم من جعل ذلك كالشرط ومنهم من منع من ذلك في الربويات، والمذهب الأول، ولكن هل يكره [له][2] الأخذ، أم لا؟ فيه وجهان:

ولو قال: أقرضني ألفًا على أن أرهن به، وبالألف القديم هذا الرهن، فقد حكى الإمام فيه ترددًا؛ بناء على أن القبول من المستقرض غير معتبر، والأصح اعتباره وفساد القرض، كما لو صدر [الشرط من المقرض][3].

حكى ذلك الرافعي في كتاب الرهن، ولو شرط أن ينقصه من البدل، فالشرط أيضًا باطل، وفي بطلان القرض به وجهان كالأجل، ولو أقرضه بشرط أن يقرضه شيئًا آخر، صح على الأصح، [و][4] فيه وجه: أنه كالبيع بشرط الإقراض، فيكون باطلاً.

قال: **ويجب رد المثل فيما له مثل**؛ لأنه أقرب إلى جبر الفائت، **وفيما لا مثل له** أي: حقيقة كالنبات والجواري والحيوان.

قيل: يرد القيمة؛ كما لو أتلفه، وهذا ما اختاره الشيخ أبو حامد.

[وقال في التتمة وفي كتاب الشفعة إنه المذهب الصحيح][5]، وهو القياس، فعلى هذا تجب قيمته يوم القبض، إن قلنا: إنه يملك بالقبض، وإن قلنا: إنه يملك بالتصرف، فالأكثر من وقت القبض إلى وقت التصرف.

وفيه وجه: أن الاعتبار بوقت القبض.

وهذا الوجه يظهر لي أن يكون مأخذه ما ذكرناه، في أنه إذا تصرف تبينا ملكه من حين القبض، والأول مبني على أنا نتبين ملكه قبل التصرف.

نعم إن طرد صاحب هذا الوجه وجهه فيما إذا تلف القرض في يده قبل التصرف المحصل للملك انتفى أن يكون مأخذه ما ذكرته، وقد يجيء - تفريعًا على أنه لا يملك إلا بالتصرف - وجه ثالث أنه لا يضمن إلا قيمته وقت التصرف الناقل للملك، ويجعل التصرف كإتلافه له عليه، وقد حكى الإمام فيه هذا الوجه، عند الكلام في

---

(١) في التنبيه: بدأ.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: القرض من المستقرض.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.

ضمان البيع الفاسد، حيث قال: والأقوال نجريها في كل ضامن من غير متعد، ولا متصرف في غصب، ومن جملة الأقوال ما ذكرناه.

قال: وقيل يرد المثل أي: في الصورة؛ لحديث أبي رافع، وهذا ما صححه القاضيان الماوردي، وأبو الطيب، والبغوي والأكثرون، ثم لو اختلفا في صفة المثل، أو في قدر القيمة، فالقول قول المستقرض، صرح به الرافعي وغيره، وهذا لا يدل على أن ذكر [القدر أو القيمة](١) في الابتداء ليس بشرط، فإن ذلك قد يذكر [ثم يقع](٢) الاختلاف بعده.

فرع: إذا جوزنا إقراض الخبز، وقلنا الواجب فيه رد القيمة، فشرط فيه رد المثل، ففي جوازه وجهان:

قال: وإن أخذ عن القرض [أى: عن بدل القرض](٣) عوضًا جاز؛ لأن ملكه عليه مستقر، فجاز له أخذ العوض عنه، كالعين المغصوبة في يد الغير، ويخالف المسلم فيه؛ فإنه غير مستقر؛ لأنه يجوز أن يلحقه فسخ أو انفساخ، وليس بدل القرض كذلك، ويشترط في صحة ذلك قبض العوض في المجلس إن كان ربويًّا، والمقرض من جنسه سواء ورد العقد على العين(٤) أو الذمة.

وإن لم يكن ربويًّا أو كان مما لا يحرم فيه التفرق، قبل التقابض فإن ورد على الذمة فلا بد من قبض العوض في المجلس؛ لأن ذلك في معنى بيع الكالئ بالكالئ.

وحكى القاضي الحسين في هذه الصورة وجهًا: أنه لا يصح، وإن اتصل به القبض في المجلس، وإن ورد على العين، ففي اشتراط القبض وجهان، اختيار الشيخ أبي حامد وأبي إسحاق وجماعة من الأصحاب، وهو ظاهر النص في المختصر: أنه لا بد منه، ومقابله نسبه الماوردي إلى ابن سريج.

وحكى في الفروع المذكورة في آخر باب الربا أنه ظاهر المذهب، وهو اختيار الإمام وصاحب التهذيب، كما لو باع بدراهم في الذمة.

وكلام الشيخ مشير إلى ترجيح ما ذهب إليه أبو حامد، حيث ذكر لفظ الأخذ الذي هو حقيقة في القبض، وعدوله عن لفظ «بعوض»، وقد صرح بذلك في كتاب الصلح.

---

(١) في جـ، د: القيمة والقدر.
(٢) في جـ: مع نفي.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: المعين.

وفرق القاضي أبو الطيب، بين هذا وبين ما إذا باع بثمن في الذمة في كتاب السلم بفرقين؛ أحدهما: أن الثمن والمثمن في مسألتنا يصيران من ضمان واحد، وذلك لا يجوز، وهذا قد يرد عليه ما إذا اشترى ثوبًا بثمن في الذمة، ثم قبضه، فإن الثمن والمثمن من ضمان واحد - وهو المشتري، ومع هذا لم يكن ذلك مانعًا من الصحة.

لكن جوابه أن المراد بضمان المعين[(١)] أنه لوتلف انفسخ العقد، وهذا لا يوجد فيما إذا قبض المشترى المبيع، فإن به يستقر العقد.

الفرق الثاني: أن المبيع هاهنا دين، والمبيع إذا كان دينًا اعتبرنا به قبض الثمن في المجلس دليله السلم.

وفرق المتولي بينهما بأنه لم يسبق في بيع الثوب بالدراهم في الذمة حكم الدينية، وإنما يجب دينًا في الوقت.

وهاهنا الدين ثابت قبل العقد، وعدم قبض المعين في المجلس [يلحق بالدين في نظر الشرع، ألا ترى أنه لو أخر قبض أحد البدلين في الصرف عن المجلس بطل العقد، كما لو باع نسيئة، فاعتبر) قبض المعين في المجلس][(٢)]؛ حتى لا يصير في حكم بيع الدين بالدين هذا مشهور المذهب.

وفي الوسيط: أن المقرض إذا استبدل عن القرض عينًا وقبض في المجلس جاز، وإن استبدل دينًا لم يجز؛ لأنه منطبق على بيع الكالئ بالكالئ، وهو منهي عنه.

والكالئ: هو الدين، وإن استبدل عينًا ولم يقبض في المجلس فإن جوزنا بيع الدين، فلا مأخذ لاشتراط القبض، وإن لم نجوز، فلا بد من القبض.

قال الإمام - عن شيخه-: لأن تجويز البيع منه لأجل معنى الاستيفاء، والاستيفاء لا يتعدى المجلس، وما ذكره الغزالي قد يفهم [منه][(٣)] منع بيع الدين بالدين، وإن قبض[(٤)] في المجلس؛ لأنه فصل في استبدال العين بين ما قبل القبض وبعده، وأطلق القول بعدم الجواز في الاستبدال بالدين، ويقتضي أيضًا أن الأصح عنده اشتراط قبض العين في المجلس؛ لأنه بناه على جواز بيعه من الأجنبي، والأصح عنده عدم

---

(١) في د: العين.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ، د.
(٤) في جـ: أقبض.

الصحة، وذلك مخالف لما حكاه في كتاب الصلح؛ حيث قال: وإن صالح عن دين، نظر: فإن صالح عن[(١)] دين آخر فلا بد من التسليم في المجلس، فإنه بيع كالئ بكالئ، وإن صالح عن عين وسلم في المجلس صح، وإن لم يسلم فوجهان، والأظهر الصحة؛ لأنه عين.

وفيه وجه يجري في لفظ البيع، والجواب عن الأول، أن ما ذكره في البيع مصور، بما إذا باع الدين الذي له على زيد مثلاً لزيد[(٢)] بالدين الذي لزيد على عمرو مثلاً[(٣)]، وذلك حقيقة بيع الكالئ بالكالئ، وقد أشار إلى ذلك الماوردي في أواخر باب الربا.

والمذكور [في الصلح][(٤)] مصور بما إذا باع الدين الذي له على زيد له بدين أنشأه في ذمة زيد؛ عوضًا عن الأول.

نعم حكى الرافعي في هذه الصورة وجهًا، أنه لا يصح، وإن قبض في المجلس، وقد حكيناه عن القاضي من قبل ووجهًا أنه يصح، وإن لم يقبض في المجلس، إذا لم يكن المصالح عليه مما يوافق المصالح به في علة الربا وعينه في المجلس، وأنه أصح.

وفي النهاية في كتاب السلم: أنه لو استحق على رجل دينًا مستقرًا ثم اعتاض عنه دراهم موصوفة في الذمة، ثم عجلها في المجلس صح، وإن لم يعجلها، وكان الدين نقدًا لم يجز، وإن كان عرضًا، ففي المسألة خلاف، قدمناه في البيع.

وقد انتظم من[(٥)] مجموع ما حكيناه عند الاختصار، إن لم يكن - كلام الإمام محمولاً على ما حكاه الرافعي من التعيين في المجلس - أنه [إن][(٦)] استبدل عينًا وقبض في المجلس جاز، وإلا فوجهان أصحهما الصحة، [وعند الشيخ أبي حامد ومن تابعه عدمها][(٧)] وإن استبدل دينًا لم يجز[(٨)] على وجه، وعلى وجه يجوز إذا قبض في المجلس، وعلى وجه يجوز إذا عين في المجلس، وإن لم يقبض بشرط، ألا

---

(١) في د: على.
(٢) في جـ: كزيد.
(٣) في جـ: ومثلا.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: في.
(٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في د.
(٨) في جـ: يجبر.

يتفق العوض والمعوض في علة الربا، وعلى وجه يجوز [وإن لم يقبض][1] ولا[2] عين [العوض][3] في المجلس بالشرط المذكور.

وحكم الدين بسبب الإتلاف، وأرش الجناية حكم بدل القرض، وهل يجوز أخذ العوض عن القرض من غير من هو عليه؟ فيه وجهان محكيان في الحاوي عن تخريج ابن أبي هريرة.

[وفي التتمة في كتاب الصلح أنهما قولان، ويقرب من قوله ما حكيته في باب ما يتم به البيع، عن ابن الصباغ أن الشافعي[4] نص على جواز بيعه وهبته، وأن بعض الأصحاب خالفه، وجعل في المهذب الأظهر من الوجهين الجواز.

وقد يؤخذ من كلام الشيخ هنا بأن ينزل قوله: «وإن أخذ عن القرض عوضًا جاز» على ظاهره؛ فإنه يقتضي جواز ذلك من المستقرض، ومن غيره][5].

وفي الوسيط: لعل الأصح من القولين المنع، وهو الذي صححه الرافعي، والمتولي في كتاب الرهن، والصلح، وجعله البغوي المذهب.

وحكى الإمام، في كتاب الصلح عن بعضهم: القطع به، [وهو ما حكاه القاضي الحسين فيه والمحاملي][6].

قال الغزالي: والمنع ليس مأخوذًا من قاعدة القبض، ولكنه من ضعف الملك، وهو عدم التعيين.

ووجهه الإمام: بأنه ليس ملكًا محققًا؛ ولهذا لا يصح رهنه، والمتولي: بأن الدين ليس بمال في الحقيقة، وإنما هو حق مطالبه، يصير مالا في ثاني الحال، والشرط في البيع أن يكون العوض مالاً، ويخالف ما لو أخذ ممن هو عليه عوضًا؛ لأن ذلك بدل مال في مقابلة إسقاط، كما لو صالح عن القصاص على مال، أو قال: أعتق عبدك على ألف.

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: إذا.
(٣) سقط في د.
(٤) في ج: للشافعي.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.

وعلى الأول [قال ابن الصباغ في آخر كتاب الهبة: لا يفتقر إلى رضا من عليه الدين، ولا يحتاج إلى القبض فيه؛ لأن الشافعي شبه ذلك في كتاب الشروط بالحوالة، فقال: إذا أنكر من عليه الحق أو جحد، لم يرجع بالدرك.

وقال غيره][١]: لابد من أن يقبض مشتري الدين الدين في المجلس، وبائعُهُ العوضَ في المجلس، حتى لو تفرقا قبل قبض أحدهما بطل، كما حكاه البغوي والرافعي، وأن يكون ما اشترى به الدين عينًا، فلو كان دينًا لم يجز بلا خلاف، كما قال الإمام.

وفي [مجموع المحاملي][٢] قبيل باب المصراة اعتبار قبض العوض والسكوت عن الدين، أما جواز أخذ البدل عن عين[٣] القرض - إذا كان المقترض في يد المستقرض - ففي الشامل أنه لا يجوز أن يأخذ عوضه؛ لأنه قد زال ملكه عن العين، أي: إذا قلنا: إنه يملك بالقبض.

[قال][٤]، أما إذا قلنا: إنه لا يملك إلا بالتصرف، فقد قال بعض أصحابنا: لا يجوز أخذ بدله للمقرض؛ فإنه وإن كان ملكه باقيًا إلا أنه قد ضعف[٥]؛ بتسليط المستقرض، هذا آخر كلامه.

وفي الرافعي ما يفهم حكاية هذا عن الشامل، فيما إذا أراد أخذ العوض عن البدل الثابت في الذمة، وكلامه لا يقتضي إلا ما ذكرناه فليتأمل[٦].

---

(١) سقط في د.
(٢) في ج: المجموع للمحاملي.
(٣) في د: غير.
(٤) سقط في د.
(٥) في ج: ضعفه.
(٦) قوله: وأما جواز أخذ البدل عن عين القرض إذا كان المقترض في يد المستقرض، ففي «الشامل»: أنه لا يجوز أن يأخذ عوضه؛ لأنه قد زال ملكه عن العين، أي: إذا قلنا: إنه يملك بالقبض.
قال: أما إذا قلنا: إنه لا يملك إلا بالتصرف فقد قال بعض أصحابنا: لا يجوز أخذ بدله للمقرض؛ فإنه وإن كان ملكه باقيًا إلا أنه قد ضعف بتسليط المستقرض. هذا آخر كلامه.
وفي «الرافعي» ما يفهم حكاية هذا عن «الشامل» فيما إذا أراد أخذ العوض عن البدل الثابت في الذمة، وكلامه لا يقتضي إلا ما ذكرناه، فليتأمل. انتهى كلام ابن الرفعة، رحمه الله.
وما نقله عن «الشامل»، واعترض على الرافعي بسببه في حكايته عنه - غلط، سببه إسقاط بعض كلام «الشامل»؛ فإنه قال ما نصه: هذا - أي جواز الاستبدال - محله إذا كان العوض قد استقر في ذمته، فأما إذا كان المقترَض في يده فإنه لا يجوز أن يأخذ عوضه؛ لأنه قد زال ملكه عن العين ولم يستقر في ذمته؛ لأنه يعرض أن يرجع في العين، فأما إذا قلنا: إنه لا يملك إلا بالتصرف، فقال بعض أصحابنا: لا =

وكان ينبغي من جهة البحث أن يقال: إذا قلنا: إنه ملك بالقبض، فإما أن يقول: إن المقرض إذا فسخ القرض، وأراد الرجوع إلى عين مال القرض له ذلك أم لا؟

فإن قلنا: ليس له أخذ المال المقترض، بل الخيرة إلى المقبوض، فالحكم ما قاله ابن الصباغ، بلا نزاع.

وإن قلنا: إن العين ترجع إلى المقرض؛ فينبغي أن يتخرج على ماإذا باع الأب ما وهبه لابنه، وفيه ثلاثة أوجه:

أحدها: صحة البيع؛ فإنه يتضمن الرجوع.

وهو الذي[1] صححه الغزالي في فتاويه.

والثاني: لا يصح البيع والملك للابن، والثالث: يجعل رجوعًا، ولا يصح البيع؛ إذ لا فرق بينهما.

[فإن قلت : ثم المشتري غير الموهوب له، وهو غير مالك للمبيع، فلهذا صح المشترى، وهنا[2] المقرض قد ملك العين فكيف يشتري ملكه؟ نعم، هذا يظهر إذا باع المقرض العين المقرضة من أجنبي.

قلت: لا يعد في مجيئه في المقترض أيضًا؛ لأن من صحح البيع من الأجنبي، قدر الفسخ قبله، وذلك لا يمتنع فيما إذا كان المقترض هو المشتري، وفائدة ذلك تظهر فيما يرجع به المقرض وأمن المستقرض من رجوع المقرض في العين المقرضة][3].

قال: وإن أقرضه طعامًا ببلد ثم لقيه ببلد آخر ، فطالبه[4] **به لم يلزمه دفعه إليه**؛ لأن قيمة الطعام تختلف [ومن هذا يظهر أن قيمة الطعام لو كانت في البلدين سواء أنه يلزمه، كما صرح به ابن الصباغ وغيره في كتاب الغصب][5].

نعم[6] لو أحضره إليه المستقرض، لا يلزم المقرض قبوله؛ لأن في حمله عليه

= يجوز. هذا لفظه بحروفه، ثم ذكر التعليل الذي نقله عنه المصنف، فاقتصر ابن الرفعة على قوله: «لأنه قد زال ملكه عن العين»، وذهل عما بعده، وكأنه أولًا اقتصر عليه؛ ظانًّا أنه لا حاجة إلى ما بعده، ثم بعد ذلك رآه مع كلام الرافعي لا يجتمع؛ فاعترض. [أ و].

(١) في د: ما.
(٢) في جـ: وهب.
(٣) سقط في د.
(٤) في التنبيه: وطالبه.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: حال.

مؤنة، فإن لم يكن في حمله مؤنة؛ لقلته أو قرب ما بين البلدين - اتجه أن يخرج على الوجهين، فيما لو أحضر المسلم إليه المسلم فيه في غير المكان المشروط وقد تقدما.

قال: وإن طالبه[(١)] **بالعوض عنه لزمه دفعه؛ لأنه في البلد [الذي]**[(٢)] اجتمعا فيه كالمعدوم.

ولو كان مثل الطعام الذي أقرضه إياه[(٣)] معدومًا[(٤)]، كان له المطالبة بالقيمة، فكذلك هاهنا، وهذا ما علل به القاضي أبو الطيب، وظاهره يقتضي أن ذلك معاوضة؛ حتى تبرأ ذمة المستقرض من القرض، كما إذا عدم مثل الطعام المغصوب، وهي[(٥)] قضية لفظ الشيخ حتى إذا لقيه في بلد القرض لا يملك رد العوض ومطالبته[(٦)] بالطعام، وكذلك ليس للآخر رد الطعام والمطالبة بالمقبوض، كما إذا أخذ الدراهم للحيلولة، ويؤيده أنه حكى مع غيره من العراقيين، وصاحب التهذيب في نظير المسألة في السلم أنه لا يجوز أخذ البدل؛ لأنه بيع المسلم فيه قبل القبض، وكذلك الغزالي عند الكلام فيما إذا أبرأ الوكيل في السلم المسلم إليه من المسلم فيه من كتاب الوكالة في الوسيط.

ونسبه في الغصب إلى قول صاحب التقريب.

وفي ابن يونس: أن أخذ القيمة يكون للحيلولة فقط، حتى يبقى معه استحقاق الحق، ويلزمه دفع الطعام إليه في بلد القرض،ويوافقه ما حكاه الغزالي وإمامه في باب السلم؛ حيث قالا: يجوز أخذ القيمة من المسلم إليه؛ للحيلولة، [وإن][(٧)] أبدى[(٨)] الغزالي ذلك في كتاب الغصب احتمالاً .

وقد حكى الرافعي في أن المستقرض، هل يملك المطالبة بالمقبوض، والمقرض بالطعام في بلد القرض؟ وجهين، وهما مأخوذان من اختلاف النقلين، ثم [إن][(٩)] القيمة المأخوذة تعتبر ببلد القرض، إن لم ينقل القرض إلى موضع آخر أو نقله وقلنا:

---

(١) في التنبيه: طالب.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في د: له.
(٤) زاد في جـ: وما.
(٥) في د: وهو.
(٦) في جـ: فمطالبته.
(٧) سقط في د.
(٨) في د: أيد.
(٩) سقط في د.

إنه ملك بالقبض، أما إذا قلنا: إنه لا يملك إلا بالتصرف، فيجب قيمته في الموضع الذي ملك فيه.

قال: وإن[١] **أقرضه دراهم في بلد ثم لقيه[٢] في بلد آخر فطالبه بها، لزمه دفعها إليه**؛ لأن القيمة في ذلك لا تختلف، فانتفى الضرر.

قال الإمام: وهكذا إذا كان المقرض من النقود، التي لا عسر في نقلها، ولا تتفاوت قيمتها بتفاوت البقاع، أما إذا كانت مما يعسر نقلها، وتختلف قيمتها فلا نطالبه بغير بلد الإقراض.

وحكى الجيلي في الصورة الأولى، وجهاً [آخر][٣]: أنه لا يلزمه الدفع، وقد أشار إليه الإمام بقوله: لزمه الدفع على ظاهر المذهب. والله أعلم.



(١) في د: وإذا، وفي التنبيه: فإن.
(٢) في التنبيه: فلقيه.
(٣) سقط في د.

باب الرهن

الرهن في اللغة: الثبوت، ومنه الحالة الراهنة، أي الثابتة.

وقال الماوردي: الاحتباس؛ ومنه قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٨٣] أي: محتبسة.

وفي الشرع: جعل عين المال وثيقة بدين يستوفى منها، عند تعذر استيفائه ممن عليه.

وجمع الرهن: رهان؛ كحبل، وحبال.

ويقال: رُهُن بضم الهاء.

قال الأكثرون: جمع رهان.

وقال أبو عمرو بن العلاء: جمع رهن؛ كسقف، وسقف.

ويقال: رهنت الشيء وأرهنته، والأول أفصح وأشهر، ومنهم من منع الثانية .

ويقال: رهنته الشيء، وأرهنته إياه، والراهن دافع الرهن، والمرتهن آخذه.

والشيء رهن ورهين، والأنثى رهينة.

والأصل فيه من الكتاب، قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وقرئ: فرهان، وفي تأويل هذه القراءة وجهان:

أحدهما: أنها جمع رهن.

والثاني: أنها مستعملة في السبق والنضال، وقوله: فرهن مستعمل في المعاملات؛ وهو مصدر أقيم جزاء للشرط بحرف التعقيب، فقام مقام الأمر؛ فإن الشرط والجزاء لا يعتقبان إلّا على الأفعال فجرى مجرى الأمر، كقوله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء: ٩٢]، وقوله: ﴿فَضَرۡبَ ٱلرِّقَابِ﴾ [محمد:٤]، وقوله تعالى: ﴿فَفِدۡيَةٌ﴾ [البقرة:١٩٦]، وقوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِّنۡ أَيَّامٍ﴾ [البقرة: ١٨٥]، أي: فحرروا واضربوا، وافدوا، وصوموا.

ومن السنة: ما روى الشافعي عن عبد العزيز بن محمد، عن جعفر بن محمد، عن أبيه قال: رهن رسول الله ﷺ درعه عند أبي الشحم اليهودى، وهذا مرسل، لكنه روي مسندًا، عن عكرمة، عن ابن عباس والأسود، عن عائشة أن النبي ﷺ رهن درعه عند

يهودي، وأخذ منه شعيرًا لأهله(١).

[وقد روى البخاري ومسلم عن عائشة معناه](٢).

ويقال: إنه - عليه السلام - عدل عن أصحابه مخافة أن يحابوه.

قال الماوردي : واختلف الناس هل مات رسول الله ﷺ قبل فكاك درعه؟ فقال قوم: افتكه قبل موته؛ لأنه - عليه السلام - يقول: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضي»(٣) وهذه صفة تنتفي(٤) عنه ﷺ.

وقال آخرون، وهو الصحيح: إنه مات قبل فكاكه؛ لرواية عكرمة عن ابن عباس قال: توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهونة عند [رجل من اليهود](٥)، بثلاثين صاعًا من شعير(٦)، فعلى هذا يكون قوله: «نَفْسُ الْمُؤْمِنِ [مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى](٧)» محمولاً على من مات، ولم يترك وفاء، وقد أجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة.

قال: لا يصح الرهن إلا من مطلق التصرف، أي: في العين المرهونة؛ لأنه عقد على مال، فلم يجز من غير مطلق التصرف، كالبيع، وهذا يشمل الولى وغيره؛ لأن الولى يصح تصرفه بالرهن؛ حيث يكون فيه غبطة المولى عليه، كما سنذكره، وحيث لا يكون فلا؛ لأنه غير مطلق التصرف فيها؛ لأنه مأمور له بالحظ والمصلحة.

قال: ولا يصح على دين لم يجب، ولم يوجد سبب وجوبه، مثل أن يرهنه على

---

(١) تقدم. (٢) سقط في د.

(٣) أخرجه الترمذي (٣/ ٣٨٩) كتاب الجنائز: باب ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: نفس المؤمن معلقة حديث (١٠٧٨، ١٠٧٩) وابن ماجه (٢/ ٨٠٦) كتاب الصدقات باب التشديد في الدين حديث (٢٤١٣) وأحمد (٢/ ٤٤٠، ٥٠٨) والدارمي (٢/ ٢٦٢) كتاب البيوع: باب ما جاء في التشديد في الدين وأبو يعلى (١٠/ ٣٠٤) رقم (٥٨٩٨) وابن حبان (٣٠٥٧) والحاكم (٢/ ٢٧) والبيهقي (٦/ ٤٩) والطبراني في «الصغير» (٢/ ١٣٣) من حديث أبي هريرة.
وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي وقال الترمذي: حديث حسن.

(٤) في ج: تنتعي. (٥) في د: يهودي.

(٦) أخرجه أحمد (١/ ٢٣٦ و ٣٦١) وعبد بن حميد (٥٨١) و (٥٨٧) والنسائي (٧/ ٣٠٣) كتاب البيوع، باب: مبايعة أهل الكتاب وابن ماجه (٤/ ٩٠) كتاب الرهون، باب: حدثنا أبو بكر ابن أبي شيبة (٢٤٣٩) والبيهقي (٦/ ٣٦)، والدارمي (٢/ ٣٣٧).
وأصله عند البخاري ومسلم من حديث عائشة وقد تقدم تخريجه.

(٧) سقط في د.

ما[(١)] **يقرضه غدًا**، أي وعلى[(٢)] [ثمن][(٣)] ما يشتريه منه؛ لأنه وثيقة، يمكن أن يستوفى بها [عند][(٤)] منع الحق، فلم يصح قبل ثبوت الحق، كالشهادة.

وفي النهاية: أن الرهن يجاري الضمان، في محل الوفاق والخلاف، في القديم والجديد، كما سنذكره في أول الضمان، إلا في إمساك[(٥)] ضمان العهدة فإن الرهن ينفصل عن الضمان في ظاهر المذهب، ويجري وجه مطرد للقفال من تنزيل الرهن منزلة الضمان وفيها [في كتاب الضمان][(٦)] حكاية عن القديم أن ضمان ما لم يجب ولم يجز سبب وجوبه صحيح، وكذا ضمان المجهول، إذا أمكن تقدير[(٧)] الإحاطة [به][(٨)]، بأن قال: ما بعت من فلان فأنا ضامن لثمنه [أما إذا لم يمكن الإحاطة به كما إذا كان له عند شخص ديون فقال له شخص: ضمنت لك شيئًا منها، لم يصح فإنه ليس متعلقًا بضبط][(٩)].

وفي الرافعي أن القاضي ابن كج حكى وجهًا في صحة الرهن، [في مسألة الكتاب][(١٠)] إذا عين ما يستقرضه [وأن][(١١)] من الأصحاب من قال: إذا ارتهنا بالثمن ثم لم يتفرقا حتى تبايعا، صح الرهن فتحصل لنا في كل من المسألتين ثلاث مقالات، فإن فرعنا على ما حكاه الإمام، فلو أراد الراهن فك الرهن قبل الاستقراض أو البيع، فهل له ذلك؟ يجيء فيه ما حكاه في الضمان، بمقتضى ما قرره أولاً، والمحكي في الضمان [عن ابن سريج][(١٢)] أن له ذلك، قال الإمام: وقد خالفه في جواز فسخ الضمان مخالفون، وقالوا: الضامن وإن كان لا يطالب قبل الوجوب ولا يتمكن من قطع الضمان، وإن فرعنا على المذهب الجديد، [وهو عدم الصحة][(١٣)] فإذا وجد الرهن وإقباضه، كان مأخوذًا على جهة سوم الرهن، فإذا استقرض أو اشترى بعد ذلك لم يصر رهنًا إلا بعقد جديد، وفيه وجه أنه يصير رهنًا.

وقد احترز الشيخ بقوله: «ولم يوجد سبب وجوبه» عما إذا لم يجب، وجرى سبب

---

(١) في التنبيه: أن.
(٢) في جـ: أو على.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: أمثاله.
(٦) سقط في د.
(٧) في جـ: تقرير.
(٨) سقط في جـ.
(٩) سقط في د.
(١٠) سقط في د.
(١١) سقط في جـ.
(١٢) سقط في د.
(١٣) في د، جـ: استقرضتها.

وجوبه مثل أن تقول: أقرضتك هذه الدراهم وارتهنت بها عبدك فيقول: استقرضتك ورهنته، أو بعتك هذا العبد بألف، وارتهنت هذا الثوب به، فيقول: اشتريت ورهنت، فإنه يصح الرهن على ظاهر النص[١] وهو الصحيح [وبه جزم الماوردي][٢]؛ لأن شرط الرهن في القرض والبيع جائز؛ لحاجة التوثق من عدَّيْهما.

وقال أبو إسحاق: القياس أن الرهن فاسد؛ لأن أحد شقي الرهن مقدم على ثبوت الدين فبطل[٣]، كما لو قال لعبده كاتبتك وبعتك، فقال: قبلت الكتابة والبيع، فإن البيع لا يصح لما ذكرناه.

وأجيب عن ذلك - أن سلم الحكم [فيه][٤] - بفرقين:

أحدهما: أن العبد لا يصير أهلاً للمعاملة مع مولاه، حتى يتم الكتابة.

والثاني: أن الرهن من مصالح القرض والبيع، وليس البيع من مصالح الكتابة، ويجوز أن يكون ذكره؛ ليخرج الرهن المختلف فيه[٥]، فإن الإمام حكى وجهين [أو قولين][٦] في صحة ضمان ما لم يجب، وجرى سبب وجوبه بناء على الجديد.

[ومقتضى ما حكاه الإمام والبندنيجي، من أن حكم الضمان وفاقًا، وخلافًا حكم الرهن مثله أن نجري الوجهين في الرهن][٧] ولذلك[٨] صور؛ منها:

نفقة الزوجة في الزمن المستقبل، فإن النكاح سبب وجوبها [وهو ناجز][٩].

وقال الماوردي: إن فرعنا على القديم، جاز ضمان النفقة.

وهل يجوز أخذ الرهن [عليها][١٠]؟ فيه وجهان وقاس وجه المنع على الدرك.

ومنها: إذا ضمن شخص عن شخص دينًا في صورة يرجع عليه [به][١١] إذا غرم، [فقبل أن يغرم][١٢]، للأصحاب خلاف، في أن الضامن هل يملك أخذ الدين من المضمون عليه؟

فإن قلنا: ليس له ذلك، فقد حكى الإمام في صحة ضمانه القولين، وهما يجريان

---

(١) في د: المذهب.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: فيبطل.
(٤) سقط في د.
(٥) زاد في جـ: قولين.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في د.
(٨) في جـ: وكذلك.
(٩) سقط في د.
(١٠) سقط في د.
(١١) سقط في د.
(١٢) سقط في د.

[في][١] الرهن [بمقتضى ماتقرر][٢].

ومنها: الجعل في الجعالة.

حكى الإمام عن شيخه في كتاب الضمان، أنه إن كان يلحق ضمانه قبل عمل المجعول له بضمان ما لم يجب، وجرى سبب وجوبه من قبل أن الجعل مصيره إلى الوجوب، عند فرض العمل، وهو غير واجب قبله، وإن طوائف من أصحابنا منعوا ضمان الجعل في الجديد، وإن جوز ضمان ما وجد سبب وجوبه.

ثم قال: وهذا متجه عندي من قبل أن نفقة العبد في النكاح، وإن لم تكن واجبة في الحال، فسبب النفقة النكاح، وهو لازم في الحال، فكان في قول الجواز يقيم ما يتنجز من وجود السبب مقام وجود[٣] المسبب.

والجعل قبل العمل غير واجب، والجعالة في نفسها على الجواز، فلم يتحقق وجود سبب ولا مسبب، ومقتضى [كلام الإمام][٤] جريان مثل هذا في الرهن.

وعلى ذلك جرى الرافعي، وحكى أن الصحيح من الوجهين: عدم الصحة.

وقال الماوردي : إنه المنصوص عليه، وصور البندنيجي محل الخلاف، بما إذا قال: من جاء بعبدي فله دينار، فقال له رجل: أعطني به رهنًا، وأنا آتيك به، والقاضي الحسين، والرافعي بما إذا شرع في العمل [قبل تمامه][٥]، فإنه لا ثبوت للجعل قبل الشروع بحال.

قال الرافعي: وكيف يتخيل ذلك، وليس [له][٦] هو مستحقًّا معينًا.

ولنا: أن نبني الوجهين على الوجهين في جواز رجوع المالك بعد الشروع في العمل، ونقول: إن لم نجوز الرجوع؛ فقد لزم الجعل [من قبله][٧]؛ فيصح الرهن به، وإن جوزناه لم يصح الرهن به، انتهى.

وكلام الإمام في باب الضمان والرهن أقرب إلى كلام البندنيجي،وهو الذي صرح به في المهذب، حيث قال: «قبل العمل».

قال: ولا يصح إلا بدين لازم، كثمن المبيع أي: بعد قبضه أو قبله، و«دين السلم»

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: وجوب.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في د.

أي: من عين ومنفعة «وأرش الجناية، أو يئول إلى اللزوم؛ كثمن المبيع بشرط الخيار»، أما صحته في ذلك؛ فلعموم قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ إلى قوله: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ولما تقدم من أنه - عليه السلام-: «رَهَنَ دِرْعَهُ عِنْدَ الْيَهُودِي عَلَى طَعَامٍ [لِأَهْلِهِ][1]»، كما رواه البخاري.

واعلم أن كلام الشيخ في ثمن المبيع يدل على أن ذلك مفرع على الصحيح في انتقال الملك، [فإنه أثبت فيه الملك وجعله غير لازم، أما إذا قلنا بعدم انتقال الملك][2]، فلا دين؛ فيكون من القسم قبله، وقد صرح الإمام بأن الظاهر على هذا منع الرهن، ولا شك أنه لا يباع المرهون بالثمن في زمن الخيار، ويشترط في الدين اللازم أن يكون معلومًا لهما، فلو لم يعلمه أحدهما لم يصح، كما صرح به في الاستقصاء، في مواضع منها عند الكلام في قوله: «ألق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه» من هذا الباب.

قال: فأما ما لا يلزم بحال كمال الكتابة فلا يجوز الرهن به؛ لأن الرهن للتوثيق، والمكاتب بسبيل من إسقاط النجوم متى شاء؛ فلا معنى لتوثيقها؛ ولأن الرهن إنما جعل ليحفظ عوض[3] ما زال الملك عنه، والعوض في الكتابة هو الرقبة، وهي باقية على ملكه لا يزول ملكه عنها إلا بالأداء، فلا حاجة به إلى الرهن، وقد حكى الإمام عن ابن سريج: أنه جوز ضمان نجوم الكتابة تخريجًا على جواز ضمان ما لم يجب، وقد جرى سبب وجوبه، ومقتضى ما حكيناه عن الإمام جريانه في الرهن.

تنبيه: قول الشيخ: «ولا يصح إلا بدين» يخرج الرهن على الأعيان المضمونة، كما هو الصحيح، خلافا للقفال، كما حكيناه من قبل.

والفرق بينه وبين الضمان أن الضرر في الرهن، لو صح يدوم في حبس العين لا إلى غاية[4] وهو منتفٍ في الضمان، ويخرج الرهن على العمل المعين؛ لتعذر استيفائه من المرهون، ويدخل العمل إذا ألزم في الذمة بلفظ الإجارة، وقد حكى

---

(١) سقط في د، والحديث تقدم.
(٢) سقط في ج.
(٣) في د: عرض.
(٤) في د: الغاية.

الماوردي في صحته به تفصيلا فقال: إن لم يكن الآخر قبض الأجرة، لم يصح الرهن به؛ لأنه وثيقة في الحق المستحق، والعمل قبل دفع الأجرة [غير مستحق][1].

[قلت: وهذا منه تفريع على أن عقد الإجارة، إذا ورد على منفعة في الذمة، يعتبر فيه قبض الأجرة في المجلس؛ كالسلم، وإلا فلا فرق بينه وبين المرهن بثمن المبيع قبل القبض][2].

وإن كان [قد][3] قبض الأجرة، ففي جواز أخذ الرهن على العمل الملتزم في الذمة وجهان:

وجه المنع: أن استيفاء العمل في الرهن غير ممكن.

ووجه الجواز: أنه حق في الذمة له قيمة يمكن استيفاؤها من الرهن، فجاز كالدين.

قال: ولا يصح إلا بالإيجاب والقبول؛ لأنه عقد بين اثنين على مال، فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع[4].

ويجيء فيه الخلاف السابق في انعقاد البيع بالمعاطاة، والاستيجاب[5]، والإيجاب، وهل يقوم اشتراط الرهن في عقد البيع، مثل أن يقول: بعتك بكذا، على أن ترهنني دارك بكذا، فيقول المشتري: قبلت، ورهنت - مقام القبول؟ فيه خلاف، وظاهر النص - على ما حكاه المتولي - الاكتفاء به.

وقال القاضي الحسين: لا يتم به، بل يشترط أن يقول بعده: ارتهنت أو قبلت؛ لأن الذي وجد منه شرط إيجاب الرهن لا استيجابه، وهذا أصح عند صاحب التهذيب، والإمام، وحكي أنه الذي ارتضاه المحققون.

قال: ولا يلزم أي: من جهة الراهن - إلا بالقبض [خلافًا لأبي ثور][6] لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٞ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ووجه الدلالة [منه][7] على ما حكاه الماوردي من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه وصف الرهن بالقبض، فوجب أن يكون شرطًا في صحته، كوصف الرقبة بالإيمان، والاعتكاف بالمسجد، والشهادة بالعدالة.

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: في البيع.
(٥) في ج: والاستحباب.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في د.

والثاني: أنه ذكر غير الرهن من العقود [ولم يصفه][(١)] بالقبض، وذكر الراهن ووصفه بالقبض، [فلا يخلو أن يكون وصف الرهن بالقبض][(٢)]، إما لاختصاصه به، أو يكون تنبيهًا على غيره، وأيهما كان فهو دليل على لزومه فيه.

والثالث: إن ذكر القبض يوجب فائدة شرعية لا تستفاد؛ لحذف ذكره، ولا فائدة في ذكره، إن لم نجعل القبض شرطًا في صحته.

وأما من جهة المرتهن، فلا يلزم بحال.

فرع: لو دفع الراهن الرهن إلى المرتهن بعد العقد، ونوى أن يكون وديعة [عنده][(٣)]، ثم اختلفا فقال المرتهن: أقبضنيه[(٤)] عن الرهن، وقال [الراهن][(٥)]: بل وديعة، فمن المقبول[(٦)] قوله؟ [فيه][(٧)] وجهان:

[في النهاية في أواخر الرهن][(٨)] ويشترط في القبض أن يكون بإذن الراهن، وإن كان الرهن مشروطًا في البيع؛ لأن به يبطل حق الراهن من التصرف في العين، فلا يجوز بغير إذنه، ولا فرق في ذلك، بين ألا يكون المرهون في يد المرتهن أو في يده وديعة أو عارية أو إجارة أو غصبًا، على النص وسيأتي في كتاب الهبة حكاية نصه في كتاب الإقرار والمواهب: أنه إذا وهب له هبة في يده فقبلها تمت، وأن من الأصحاب من طرد في كل من المسألتين قولين وهو [قول][(٩)] أبي إسحاق وأن منهم من جرى على ظاهر النصين، وأن منهم من قطع بأنه لابد من الإذن لهما على ما حكاه ابن كج [وتوجيه][(١٠)] ذلك - إن شاء الله تعالى.

وفي النهاية أن القول المخرج في المرهون من الهبة، لا يجيء على رأى في المغصوب، بخلاف المودع؛ لأن يد المودع صدرت عن[(١١)] حكم المالك، فإذا صادفها الرهن كان دوام اليد بمثابة ابتدائها، وهذا لا يتحقق في يد العدوان، وهذا ما جزم به الماوردي، والأول أصح عند الإمام، ثم على كلا القولين لا يلزم العقد ما لم

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: أقبضته.
(٥) سقط في د.
(٦) زاد في د: قوله.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في د.
(١٠) في د: ويوجه.
(١١) في د: عبر.

يمض زمان تتأتى فيه صورة القبض، لكن إذا شرطنا الإذن، فابتداء الزمان يكون من وقت الإذن، وإلا فمن وقت الرهن، وحكى العراقيون عن حرملة على قول عدم اشتراط الإذن أنه لا حاجة إلى مضي زمان، ويلزم العقد بنفسه.

قال الإمام: ومقتضى نقلهم[١] عنه، أنا إذا اعتبرنا الإذن، فلا بد من مضي الزمان، وقياس مذهبه إسقاط اعتبار الزمان بعد الإذن، كما يسقط اعتباره بعد العقد، إذا لم يشترط الإذن، وعلى المذهب، هل يشترط المسير إليه ومشاهدته؟ فيه وجهان: ظاهر النص منهما نعم، وأصحهما: لا.

وبعضهم حكى وجهًا ثالثًا، وحمل النص عليه، فقال: إن كان المرهون يتردد في بقائه كالحيوان الذي لا يؤمن انفلاته، فلابد من المشاهدة، وإلا فلا يشترط، وبهذا قال أبو إسحاق، ومن أصحابنا من قال: إن أخبره ثقة «أنه باق على صفته بعد مضي الزمان» صار مقبوضًا، ثم على القول بالاشتراط فهل يعتبر معه النقل؟ فيه وجهان:

أصحهما - وبه قطع طوائف-: أنه لا يشترط، وإذا شرطنا وراء[٢] مضي المدة الرجوع إلى مكان الرهن، فلو وكل وكيلاً حتى يرجع، ويشاهد وينوب عنه، فهل يصح التوكيل في ذلك، أم لابد من رجوع المرتهن بنفسه؟ فيه وجهان حكاهما الإمام، وأصحهما: الجواز، كما في أصل القبض.

ولو ذهب المرتهن إلى الموضع الذي فيه الرهن، فوجده قد خرج من يده قبل الرهن، نظر، فإن كان قد أذن له في القبض أخذه حيث وجده، وإن لم يكن قد أذن له، فلا بد من أن يقبضه[٣] إياه الراهن، وإن كان قد خرج بعد الرهن.

فإن قلنا : لا بد من الإذن فالحكم كما تقدم، وإن لم نشترط تجدد الإذن، فله أخذه حيث وجده.

ثم القبض المعتبر - فيما إذا لم يكن المرهون في يد المرتهن - مذكور في كتاب البيع.

قال القاضي الحسين: ويستثنى من ذلك التخلية، إذا جعلناها قبضًا في المنقول؛ لأن القبض ثَمَّ مستحق فقوي.

قال الإمام: وما ذكره حسن، ولكن صرح[٤] الأصحاب بذكر قول التخلية في الهبة

---

(١) في جـ: تقديمه.
(٢) في جـ: ورأي.
(٣) في د: يقتضيه.
(٤) في د: خرج.

والرهن مصيرًا إلى أن القبوض[(١)] صور، ولا تختلف باختلاف المحال، ولا نزاع في أن الغاصب لا يبرأ من [ضمان الغصب][(٢)] وإن أذن له في القبض، كما سيأتي في الكتاب، وهل يبرأ منه بالإبراء؟ فيه وجهان، الظاهر منهما في الشامل، وهو المذكور في الحاوي: أنه يبرأ.

وأما المستعير فهل يبرأ بالرهن منه[(٣)]؟ ينظر: إن لم يمنعه من الانتفاع بها - لم يبرأ، وإن منعه فوجهان، في الشامل، وغيره أطلق حكاية الوجهين، [وبناهما الماوردي على أن الرهن هل يبطل العارية أو لا؟ فيه وجهان، إن أبطلها برئ، وإلا فلا يبرأ][(٤)].

فرع: لو رجع الراهن في الإذن قبل مضي الزمان، إذا اعتبرناهما صح رجوعه، وإن لم نعتبر الإذن، واعتبرنا مضي الزمان، فرجع قبل انقضائه، فهل يصح؟ فيه وجهان، صرح بهما صاحب التقريب، وأشار إليهما الشيخ أبو محمد.

آخر: هل يبطل الرهن بموت أحد المتعاقدين قبل القبض؟ فيه ثلاث طرق.

أظهرها: طرد قولين، وأصحهما عدم[(٥)] البطلان.

والثانية: القطع بعدم البطلان.

والثالثة: أنه يبطل بموت الراهن، دون المرتهن، وبهذا قال أبو إسحاق، والفرق أن بعد موت الراهن، إن لم [يكن][(٦)] هناك دين لغير المرتهن، فجميع التركة سواء في وجوب قضاء دينه منها في الحال، وإن كان هناك دين لغيره، فقد تعلق حق ذلك الغير بعين الرهن، كتعلق حق المرتهن، فلا يحصل بتسليم الوارث الرهن الغرض فيما قبض فلا حاجة إلى بقاء الرهن، وفي صورة موت المرتهن يبقى الرهن كما كان، وإنما ينتقل الاستحقاق فيه إلى الورثة وهم يحتاجون إلى الوثيقة حاجة مورثهم، ولا فرق في جريان الطرق بين الرهن المشروط في البيع، وغير المشروط على المشهور، وبه قال أبو الطيب بن سلمة.

وقال ابن أبي هريرة: محلهما في المتبرع به، أما في المشروط فلا يبطل وجهًا واحدًا؛ لتأكده بالشرط السابق، وإقرانه بالبيع اللازم.

---

(١) في د: الضمان.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: فيه.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: عند.
(٦) سقط في جـ.

والجنون، والإغماء قبل القبض يترتب على الموت، إن قلنا: إن الموت يؤثر، ففي الجنون وجهان:

والأصح في الحاوي: أنه لا يؤثر، فعلى هذا إذا جن المرتهن، قبض له الرهن من ينصبه القاضي ناظرًا في ماله، وإن جن الراهن فالوالي ينظر في الرهن، فإن لم يكن في تسليمه حظ [له لم يكن له تسليمه](١)، وإن كان في(٢) [تسليمه](٣) حظ [له](٤) بأن يكون مشروطًا في بيع فيه فضل، إن(٥) لم يسلم الرهن، فسخ البائع البيع، فهل يجوز [له](٦) تسليمه [أم لا](٧)؟ فيه وجهان في الحاوي.

وكذا لو مات المرتهن، والورثة محجور عليهم، وكان الرهن مشروطًا في بيع، وقد امتنع الراهن من الإقباض، وكان الحظ للورثة في البقاء، فإن كان الراهن أمينًا موسرًا، فهل على الولي أن يفسخ البيع؟ فيه وجهان، وطريان الحجر؛ بسبب السفه أو الفلس، كطريان الجنون.

قال: فإن اتفقا على أن يكون في يد المرتهن، جاز [أي: إذا لم يكن الرهن جارية ولا كراعًا، ولا سلاحًا، والمرتهن كافر، وصححناه؛ لأن الحق لهما، فجاز ما اتفقا عليه من ذلك.

أما إذا كان جارية، فينظر إن كانت محرمًا له، أو صغيرة لا يشتهي مثلها، أو المرتهن امرأة أو أجنبيًّا ثقة، وعنده زوجة، أو أمة يؤمن معها(٨) من الإلمام بها، فالحكم كذلك، وإن عدم ذلك، لم يجز أن توضع على يده، وتوضع عند محرم لها، أو امرأة ثقة، أو عدل على الصفة المذكورة فإن شرط وضعها عنده؛ قال القاضي أبو الطيب [وغيره](٩): كان الشرط فاسدًا، والرهن صحيحًا، ولو كان الرهن خنثى، فإن كان صغيرًا جاز أن يكون في يد المرتهن، وعلى يد عدل وعند امرأة ثقة(١٠)، وإن كان كبيرًا، وضع على يد محرم له، ولا يجعل على يد أجنبي ولا أجنبية، صرح به

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: فيه.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: وإن.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في د.
(٨) في جـ: منعها.
(٩) سقط في د.
(١٠) في جـ: تقفه.

العمراني، وإن[(١)] كان كراعًا، أو سلاحًا جعل على يد عدل مسلم، صرح به ابن الصباغ.

قال: وإن اتفقا على أن يكون عند عدل جاز لما ذكرناه.

وإن[(٢)] **تشاحا** أي: تمانعا، فيمن[(٣)] يكون تحت يده، وكان الرهن مشروطًا في بيع، كما نبه عليه الإمام، والرافعي، في الباب الثالث من كتاب البيع سلمه الحاكم إلى عدل؛ لأنه العدل.

وقيل: إذا أطلق العقد، ولم يتبين[(٤)] من الذي يكون الرهن في يده، بطل.

قال الإمام: وظاهر النص معه، [وبه جزم المحاملي إذا كان الرهن عبدًا، دون ما إذا كان أمة، فإنه لا جهة لها إلا جهة واحدة، كما حكاه عنه في الزوائد، وكذا الخلاف فيما إذا عقد الرهن من غير شرط، ولم يتبين من يكون تحت يده][(٥)].

والعدل نائب عن المرتهن، وليس له أن يسلمه لأحدهما من غير إذن الآخر، فإن فعل ضمن، وإذا فوضا للعدل البيع عند حلول الحق جاز [وهو وكيل فيه عن الراهن وأمين عن المرتهن][(٦)]، ولكن هل يحتاج إلى إذن الراهن عند البيع أيضًا؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، وبه قال أبو إسحاق.

قال الإمام: ولا خلاف أنه لا يحتاج ثانيًا إلى إذن المرتهن.

وفي الشامل [وغيره من كتب العراقيين][(٧)]: أنه لا بد من مطالبة المرتهن ببيعه.

[وفي الحاوي: أنه لا يحتاج إلى تجديد إذنهما، ويكفي استمرارهما على الإذن، وسنذكر في آخر الباب فرعًا يتعلق بهذا][(٨)].

أما إذا وقع التشاحح فيمن يقبض الرهن غير المشروط ابتداء، فالذي يظهر أنه لا يسلم إلى العدل إلا برضا الراهن؛ لأن له الامتناع من أصل الإقباض[(٩)].

---

(١) في د: وإذا.
(٢) في التنبيه: فإن.
(٣) في د: فمن.
(٤) في د: يبين.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في د.
(٩) قوله: وإن تشاحا، أي: تمانعا، فيمن يكون تحت يده، وكان الرهن مشروطًا في بيع - كما نبه عليه الإمام والرافعي في الباب الثالث من كتاب البيع - سلمه الحاكم إلى عدل؛ لأنه العدل.
ثم قال: أما إذا وقع التشاحح فيمن يقبض الرهن غير المشروط ابتداء، فالذي يظهر: أنه لا يسلم إلى العدل إلا برضا الراهن؛ لأن له الامتناع من أصل الإقباض. انتهى كلامه.

=

ولو اتفقا قبل القبض على أن يقبضه للمرتهن الراهن من نفسه لم يصح، وقبض عبده القن.

وأم ولده ومدبره كقبضه، ويجوز أن يستنيب مكاتبه.

وفي جواز استنابة عبده(١) المأذون وجهان.

وقال الشيخ أبو علي وجها ثالثًا: إن ركبته الديون جاز، وإلا فلا يجوز وجهًا واحدًا، والأصح المنع مطلقًا.

[فرع: إذا مات المرتهن والرهن في يده فقال الراهن: لا أرضى بيد الورثة، فله ذلك على النص، كما حكاه الإمام عن العراقيين، وقال: إنه الأصح ورفع الأمر إلى الحاكم ليضعه على يد عدل، ولا فرق بين أن يكون الورثة عدولاً أم لا.

وقال بعض أئمتنا: لا يزيل القاضي يد الورثة، نعم له أن يضم إليهم يدا إذا استدعاها الرهن](٢).

قال: وكل عين جاز بيعها جاز رهنها؛ لأن المقصود من الرهن البيع؛ ليستوفي المرتهن حقه منه وذلك يحصل مما يجوز بيعه، وحكى الشيخ أبو علي قولاً أن الجارية الحسناء لا يجوز رهنها، إلا أن تكون محرمًا للمرتهن.

[وحكى الماوردي وجهًا في كتاب الصلح أن العين المستأجرة لا يجوز رهنها، وإن قلنا بجواز بيع المستأجر](٣).

وعلى المذهب لا يحتاج لفظ الشيخ إلى استثناء شيء منه كما نبه عليه ابن يونس في استثناء المواضع التي تذكر في الكتاب؛ لأن ذكر قول ثانٍ في المدبر لا يمنع من

= وما ذكره في الفرق بين الرهن المشروط وبين غيره من لزوم الإقباض وعدم لزومه صريحٌ في وجوب الإقباض في الرهن المشروط، وهو سهو؛ فإن الوفاء به لا يلزم، وله الامتناع فيه كما في غير المشروط، إلا أنه يجوز للبائع الفسخ لعدم الوفاء كما قرروه في بابه. وأما كلام الرافعي الذي استند إليه فليس فيه دلالة لما قاله؛ فإنه لم يصرح بالإخبار ولا أشار إليه، بل قال: وهل يجب التعرض لكون المرهون عند المرتهن أو عند عدل؟ فيه وجهان، أظهرهما: لا، بل إن اتفقا على يدي المرتهن أو يدي عدل فذاك، وإلا جعله الحاكم في يدي عدل. هذا لفظه، وهو صحيح لا ينافي القول به في صورة أخرى؛ فإنه لم يخصص هذا الحكم بهذا الفرع. نعم، كلام الشيخ محمول على الرهن المشروط كما ذكر المصنف، ولكن في الاستمرار بعد القبض، ولفظ الشيخ مشعر به أو صريح فيه، فتأمله. [أ و].

(١) في جـ: عبد. (٢) سقط في د.

(٣) سقط في د.

صحة الإطلاق الأول، ثم المشتري يجوز له رهنه وإن لم يجز للبائع المدبر كما اعتذر به الماوردي، وكذلك ذكر طريق في عدم صحة رهن الجاني وقول في المعلق عتقه بصفة، وما يتسارع إليه الفساد [لا يرد لما ذكرناه أولاً وأيضًا فإن المعلق عتقه وما يتسارع إليه الفساد][1] يصح رهنهما بالدين الحال، وليس في كلام الشيخ ما يقتضي تعميم الأحوال لأنه عام في الأعيان، والعام في الأعيان مطلق في الأحوال والأزمان والأمكنة، وإذا كان كذلك صح تفسيره بما ذكرناه.

وبهذا رد البندنيجي على ابن القاص حيث قال: من الأشياء ما يجوز بيعه قولاً واحدًا، وفي رهنه قولان، وهو الطعام الرطب وبه يحسن الجواب أيضًا عما ذكره الماوردي، وصاحب الاستقصاء من أن العبد إذا تزوج امرأة بإذن مولاه بصداق مبلغه ألف درهم، ثم إن السيد ضمنه فإنه لا يصح أن يرهن العبد عند الزوجة على الصداق؛ لأن الدَّين مضمون على العبد، فلم يجز أن يجعل رهنًا في الدين؛ لأن الوثيقة غير الموثوق فيه، على أن في عدم الصحة في هذه الصورة نظر، إذا قلنا إن المهر لا يتعلق برقبته، نعم قد يحتاج إلى استثناء المرهون فإنه يجوز بيعه من المرتهن ولا يصح رهنه منه بدين آخر على الجديد، اللهم إلا أن يقال المراد ما يصح بيعه من كل أحد فيندفع ذلك.

قال: وقيل إن المدبر لا يجوز رهنه؛ لأن المدبر إما أن يكون غير الذى عليه الدين، أو هو الذي عليه الدين.

فإن كان الأول كما إذا دبر [زيد][2] مملوكه، ثم رهنه عند عمرو، على دين له على خالد، وذلك جائز كما صرح به المتولي، وغيره وكما إذا أعاره المدبر لمن يرهنه بدين؛ فلأن الرهن ليس برجوع عن التدبير.

فإن[3] قلنا إن التدبير عتق[4] بصفة كما هو الجديد [لم يحصل الرجوع فيه إلا بما يزيل الملك وإن قلنا إنه وصية كما هو[5] القديم وبعض الجديد][6]، قلنا: في أن الرجوع في الوصية هل يحصل بالرهن؟

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: وإن.
(٤) في د: عين.
(٥) زاد في د: في.
(٦) سقط في ج.

وجهان، فإن قلنا: لا يكون رجوعًا فكذلك هاهنا، وإن قلنا يكون رجوعًا، فالفرق أن التدبير أقوى بدليل نفوذه بعد الموت من غير قبول بخلاف الوصية، وإذا ظهرت قوته وضعف الوصية عنه لم يحسن القياس عليها، وإذا لم يكن رجوعًا احتمل أن يموت المدبر فجأة فيبطل مقصود الرهن وذلك غرر من غير حاجة فأبطل الرهن في الابتداء.

والصورة الأولى هي التي يقتضيها كلام المزني في المختصر، فإنه قال: ولو دبره ثم رهنه كان الرهن مفسوخًا؛ لأنه أثبت له عتقًا قد يقع قبل حلول الرهن ولا يتصور أن يقع قبل حلول الرهن إذا كان المدبر هو الذي عليه الدين [إن أجرى اللفظ على ظاهره][(١)]، فإن الدين يحل في الوقت الذي يعتق فيه المدبر لا بعده، نعم إن أول مجمل قوله حلول الرهن على انفكاكه لم يختص بالصورة المذكورة، ولم أر في كلام الأصحاب ما يقتضي صريحًا أن الخلاف في غير هذه الصورة إلا في كلام الإمام.

وإن كان المدبر من عليه الدين فالمنع من رهنه ليس كخشية موته فجأة، وعتق المدبر به كما يقتضيه إطلاق الأصحاب؛ لأن المدبر إنما يعتق من الثلث ووفاء الدين من رأس المال، فهو مقدم على ما يعتبر من الثلث؛ بل لأن سقوط الأجل بالموت أو الحلول يقتضي الإجبار على بيع المرهون في وفاء الدين على الفور إذا امتنع من تعين عليه وفاء الدين من إيفائه، والمدبر بعد الموت لو صح رهنه لا يباع في الحال بل ينظر: إن وفت التركة بالديون سواه لم يبع، وعتق إن خرج من الثلث، وإن[(٢)] لم توف بيع منه ما يوفي بها إذ ذاك، وفي حال الحياة إذا انقضى الأجل لا يجبر على الرجوع في التدبير، وإذا لم يرجع فيه لا يبادر إلى بيع المدبر لو صح رهنه ما وجدنا له مالا غيره كما سنذكره عن الأصحاب من بعد، وفي ذلك تغيير لمقتضى العقد فلم يصح معه.

وأيضًا فإن المرتهن ينحصر حقه في عين المرهون؛ حتى لا يتمكن من إجبار الراهن على الدفع من غيره، كما صرح به الإمام قبل باب الرهن، والحميل بخمس عشرة ورقة، وإن كان قادرًا على تحصيله من غيره، وأشار إليه أيضًا بقوله في الأصل

---

(١) سقط في د.

(٢) في د: فإن.

الثاني في أوائل كتاب الضمان: أن المرتهن وإن قصر(١) بالارتهان حصر حقه في العين المرهونة فليس له الانفراد ببيعها، وإذا كان كذلك فقد خالفنا هذا المقتضى بإيجابنا بيع غير المرهون في وفاء دين الرهن(٢)، وهذا القول منصوص في الأم أيضًا.

فإنه قال: لو دبره ثم رهنه كان الرهن مفسوخًا، ولو قال: رجعت عن التدبير ثم رهنه ففيه قولان، وإليه مال الأكثرون.

قال: وقيل يجوز أي: ويكون التدبير بحاله؛ لأنه لما جاز أن يطرأ التدبير على الرهن ولا يبطل الرهن، وإن أبطله العتق لجواز بيعه جاز أن [يطرأ الرهن](٣) على التدبير، ويكون الرهن جائزًا؛ لجواز بيعه، وليس ما يطرأ من جواز أن يعتق بموت السيد قبل حلول الحق [بمانع من صحة الرهن، كما أن الحيوان قد يجوز أن يموت قبل حلول الحق](٤)، وليس ذلك بمانع من صحة الرهن، هكذا قال الماوردي.

وفي قوله(٥): «وليس ما يطرأ من جواز أن يعتق بموت السيد قبل حلول الحق» إشارة إلى أن الراهن غير المدبر كما صورناه من قبل، وهذا الطريق هو الذي رجحه الغزالي، وإمامه من جهة أن عتق المدبر متأخر عن وفاء الدين، فيؤمن معه تلف

---

(١) في د: قصد.

(٢) قوله: وأيضا: فإن المرتهن ينحصر حقه في عين المرهون، حتى لا يتمكن من إجبار الراهن على الدفع من غيره - كما صرح به الإمام قبل باب الرهن والحميل بخمس عشرة ورقة - وإن كان قادرا على تحصيله من غيره.

ثم قال بعده: وإذا كان كذلك فقد خالفنا هذا المقتضى بإيجابنا بيع غير المرهون في وفاء دين الرهن. انتهى كلامه.

ودعواه أن الإمام ذكر أن المرتهن ينحصر حقه في المرهون... إلى آخره، صريح في أن المرتهن لا شيء له في غيره، وهذا لم يذكره الإمام، بل القول به باطل قطعًا؛ فإن الدين باق في الذمة، ولا يسقط بتلف المرهون، والذي قاله الإمام هناك ما نصه: ولو قال للقاضي - يعني الراهن-: أريد أن أؤدي حقه من ثمن الرهن، فليس للمرتهن أن يلزم الراهن تحصيل الدين من جهة أخرى، ولا فرق بين أن يكون قادرا على وفاء الدين من جهة أخرى وبين أن يكون عاجزا. هذا كلامه، ذكر ذلك في أثناء فصل أوله: «قال: ولو كان الشرط للعدل»، ولم يذكر فيه انحصار الحق ولا ما يقتضي انحصاره، بل حاصله تقديم الوفاء من هذا على الوفاء من غيره، على أن الشيخ عز الدين قد استشكله - أيضا - لما فيه من تأخير الحق الواجب على الفور، وهذا الإشكال إنما يأتي أن لو كانت صورة المسألة أن يكون مالكا لحبس الحق الواجب، وليس في كلام الإمام ما يتناوله ولا ما يشير إليه، وإنما يدل على أنه لا يلزم بيع عين أخرى إذا كانت في ملكه. [أ و].

(٣) في جـ: تطرأ للراهن.

(٤) سقط في د.

(٥) في د: الرهن.

المرهون بسبب العتق، ومقتضى هذا تخصيص التصحيح بما إذا كان المدبر هو المديون وعلى هذا الطريق.

قال أبو إسحاق المروزي: إذا حل الحق فإن قضى من جهة أخرى سقط حكم الرهن وبقي العبد على تدبيره، وإن لم يقض قيل له ارجع في التدبير، فإن اختار الرجوع فيه بيع في الدين، وإن لم يختر: فإن كان له مال غيره [قضى منه الدين ويبقى العبد مدبرًا وإن لم يكن له مال غيره][١]، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يحكم بفساد الرهن، وعلى هذا الحال يحمل كلام الشافعي أن الرهن مفسوخ.

والثاني: أنه يباع، وهو الصحيح عملاً بمقتضى صحة الرهن.

قال: وقيل على قولين[٢] القائل بهذا الطريق ابن سريج، وقد بنى الخلاف على أن التدبير وصية، أو عتق بصفة.

فإن قلنا بالأول جاز رهنه؛ لأنه يجوز الرجوع فيها بالقول فجعل الرهن رجوعًا كما لو وصى به ثم رهنه.

وإن قلنا بالثاني لم يجز رهنه، لما ذكرناه من قبل.

قال القاضي الحسين في تعليقه: وقيل إنه يجوز تفريعًا على هذا أيضًا كما سيأتي مثله في رهن المعلق عتقه بالصفة[٣].

وهذا الطريق أصح الطرق عند الماوردي، وأقرب إلى القياس عند ابن الصباغ.

واعلم أن النواوي قال: قول الشيخ، وقيل: يجوز - تكرارٌ لا حاجة إليه .

قال[٤] قوله: «كل عين جاز بيعها جاز رهنها» مغنٍ عن ذلك؛ لأنه يجوز بيعه.

وجوابه: أن ذلك خص بالذكر؛ ليقام عليه دليل خاص به، إذ لا يمكن دفع حجة المنازع بما يضمنه دليل القاعدة المذكورة.

وتقييد الشيخ الكلام بالعين يخرج المنافع؛ فإنه لا يصح رهنها، كما صرح به ابن الصباغ وغيره والدين أيضًا.

وإن قلنا بجواز بيعه، وفي الدين المستقر وجه أنه يصح رهنه حكاه الشيخ في

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: قوله.
(٣) في د: بصفة.
(٤) في د: فإن.

المهذب [وغيره من العراقيين][1] والغزالي في كتاب الهبة.

قال في البيان: وعلى هذا يلزم بنفس العقد، و [قد][2] حكى في البسيط في هبة الدين وجهين عن حكاية صاحب التقريب، وأنا إذا صححناها ففي اللزوم بمجرد العقد وجهان، فإن قلنا لا يلزم وهو القياس فوجهان، أحدهما: لا بد من قبض الدين، والثاني: يكتفى بتسليط وراء الإيجاب وهو أن يقول استوفى الدين، فينزل ذلك منزلة التخلية في العقار؛ فإنه غير قابل للقبض في صورته كالعقار.

قلت: ولم يحك جريان مثل ذلك في رهنه.

[قال الرافعي[3]: لأن الرهن لا يفيد انتقال الملك والاستحقاق][4].

وفي الاستقصاء: أنه لو رهن الدين ممن هو عليه صح وجهًا واحدًا؛ لأنه يجوز بيعه منه [فكذلك الرهن][5].

فإن قيل: قد حكى [القاضي][6] أبو الطيب وغيره عن نص الشافعي في ضبط ما يرهن به أن ما جاز بيعه جاز رهنه، وذلك يقتضي جواز رهن المنافع والدين إذا قلنا بجواز بيعه؟

قلنا: لم يذكر الشافعي ذلك إلا في معرض منازعة الخصم [في][7] أن رهن المشاع غير صحيح، وإقامة الحجة عليه، فإن عندنا رهنه صحيح، ولا فرق فيه بين أن يرهن نصيبه من جملة الدار أو في بيت منها والباقي مشترك بينهما، وفي رهن نصيبه من بيت من الدار مشاعًا وجه أنه لا يصح؛ لأنه ربما تقاسم الشريك فيقع الجميع في حصته، ولا يبقى للرهن مقر.

ووجهه الشيخ في المهذب، والمحاملي بأن فيه إضرارًا للشريك بأن يقتسما، فيقع البيت في صحته فيكون بعضه مرهونًا.

قال المحاملي: ومحله إذا كان [الرهن][8] بغير إذن الشريك، أما إذا كان بإذنه، فإنه يصح؛ لأنه رضي بما يلحقه من الضرر، وهذا الوجه صححه مجلي، والأول صححه المتولي، وصاحب المرشد.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) زاد في جـ: مما.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في د.

ثم إذا صححنا الرهن ووقع البيت في نصيب الشريك.

قال الغزالي: احتمل أن يقال هو تلف، واحتمل أن يقال الراهن ضامن، والتفويت منسوب إليه[(١)]، ومقتضى ما ذكرناه من تعليل الشيخ والمحاملي، أنه يبقى مرهونًا.

قال: والمعتق [بصفة تتقدم][(٢)] **على حلول الحق لا يجوز رهنه** أي: من غير أن يشترط بيعه قبل وجود الصفة؛ لأنه رهن ما لا يمكن استيفاء الحق منه، الذي هو مقصود العقد.

قال: **وقيل فيه قول آخر أنه يجوز** هذا القول خرجه أبو الطيب من رهن ما يتسارع إليه الفساد، وسنذكر تعليله.

قال الإمام: وإنما ينتظم[(٣)] التخريج إذا قلنا بنفوذ العتق المعلق قبل الرهن عند وجود الصفة بعد الرهن، كما سنذكره، أما إذا لم يقل به فلا يخاف تسارع الفساد إليه وفوات الوثيقة، والصحيح الأول، وبه قطع الماوردي وغيره؛ لأن الظاهر فيما يسرع إليه الفساد من جهة الراهن بيعه إذا خشي تلفه وجعل ثمنه رهنًا، وهاهنا الظاهر من جهته بقاؤه على الوفاء بذلك لغرضه في حصول العتق.

أما إذا شرط بيعه قبل وجود الصفة، صح الرهن، كما في نظير ذلك مما يتسارع إليه الفساد، صرح به في المرشد.

ووراء صورة الكتاب صورتان:

إحداهما: أن يرهنه بدين حال، أو بدين يحل قبل وجود الصفة فلا خلاف في صحة الرهن للقدرة على تحصيل المقصود.

نعم لو تأخر بيعه حتى وجدت الصفة، انبنى أمره كما قال القاضي الحسين، على أن العبرة في التعليقات بحال التعليق أو بحال وجود الصفة، وفيه قولان، فإن فرعنا على الأول عتق، وإلا انبنى على جواز عتق المرهون.

---

(١) قوله: ولا فرق بين أن يرهن نصيبه من جملة الدار، أو من بيت منها والباقي مشترك.
ثم قال: وإذا صححنا الرهن، ووقع البيت في نصيب الشريك - قال الغزالي: احتمل أن يقال: هو تلف، واحتمل أن يقال: الراهن ضامن، والتفويت منسوب إليه. انتهى كلامه.
وهذان الاحتمالان للإمام، وقد نقلهما الرافعي عنه، وإنما الغزالي ناقل على عادته. [أ و].

(٢) في جـ: نصفه يتقدم.

(٣) في جـ: لتظهر.

الثانية: أن يرهنه بدين يحتمل حلوله قبل وجود الصفة أو بعدها، كما إذا كانت الصفة وجود[١] زيد مثلاً، وفي صحة الرهن والحالة هذه قولان، تفريعًا على المذهب في مسألة الكتاب أصحهما، وبه قطع بعضهم المنع، وقول الجواز.

قال القاضي أبو الطيب: إنه مخرج من جواز رهن المدبر فإن التدبير عتق بصفة.

أما إذا فرعنا على قول أبي على الطبري فيها جاز هاهنا[٢] وجهًا واحدًا، كما قال[٣] القاضي الحسين وفيه نظر؛ لأن أبا علي في مسألة تحقق الصفة قبل حلول الأجل يأمر ببيعه قبل وجود الصفة، كما يباع ما يسرع إليه الفساد قبل إشرافه عليه.

وهاهنا لا يتحقق حال وجود الصفة حتى يباع قبلها، نعم إن أمكن معرفة وقت وجود الصفة اتجه ذلك، ويبيعه قبل ذلك كما قال[٤] صاحب التقريب، فيما إذا كان العتق ارتفع[٥] بعَتَهٍ.

قال: وما يسرع إليه الفساد، أي: كالأطعمة والفواكه الرطبة التي لا يمكن تجفيفها، لا يصح رهنه بدين مؤجل، أي: بوقت يفسد قبل مجيئه من غير شرط بيعه عند خوف الفساد، في أصح القولين؛ لأنه لا يمكن إجبار الراهن على إزالة ملكه قبل حلول الدين؛ لكونه خلاف مقتضى العقد، وإذا كان كذلك تعذر استيفاء الحق من ثمنه؛ فلا[٦] يصح رهنه [كأم الولد،][٧] وكما لو شرط ألا يباع عند إشرافه على الفساد.

قال: ويصح في الآخر أي: ويجبر على بيعه عند خوف الفساد، ويكون ثمنه رهنًا؛ لأن العقد المطلق يحمل على المتعارف، والمتعارف فيما يفسد أن يباع قبل فساده، فيصير كما لو شرط ذلك، ولو شرط ذلك جاز وجهًا واحدًا، فكذلك عند الإطلاق، وهذا القول مال غير العراقيين إليه، وهو الموافق لظاهر نصه في المختصر.

[وفي الحاوي: إذا صححنا رهنه لا نلزم الراهن ببيعه عند فساده][٨] ولا خلاف في جواز رهنه بالدين الحال، ويباع عند الإشراف على الفساد، أما إذا كان المرهون مما يمكن تجفيفه كالرطب والعنب، وكذا اللحم جاز رهنه وجهًا واحدًا، من غير

---

(١) في د: قدوم.
(٢) في جـ: هنا.
(٣) في د: قاله.
(٤) في د: قاله.
(٥) في جـ: إن يقع.
(٦) في د: فلم.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في د.

شرط، ووجب على الراهن ذلك، كما[(١)] يجب عليه نفقة الحيوان؛ لأنه من مؤنة حفظه.

فرع: إذا قلنا لا يصح رهنه فأخذه المرتهن وتركه حتى فسد.

قال في التهذيب: إن أذن له الراهن في بيعه ضمن وإلا لم يضمن.

وفي الجيلي في آخر هذا الباب: لو أذن الراهن [للمرتهن في بيع الرهن][(٢)] عند حلول الدين، فلم يبع حتى مر على ذلك زمان، وتلف لم يلزمه ضمانه؛ لأن البيع لم يكن واجبًا عليه فهو كالوكيل المأذون بالبيع مطلقًا، وهذا يطرد في كثير من المسائل، فما لا يجب عليه فعله لا ضمان عليه بتركه إذا فرط في ذلك، حتى تلف بخلاف الولي [والوصي][(٣)]، وما قاله فيه دليل على أن المرتهن له البيع، وليس ذلك رأي العراقيين كما سنذكره.

فرع: إذا كان المرهون لا يقطع ببقائه ولا بفساده، وتردد الاحتمال، ففي جواز الرهن المطلق من غير تقييد بالبيع عند الإشراف على التلف قولان مرتبان على القولين في الصورة السابقة، وأولى بالصحة.

فرع: إذا رهن ما لا يسرع إليه الفساد، ثم طرأ عليه ما يقتضي فساده، قبل حلول الدين لم يبطل الرهن.

وهل يجبر على بيعه ليكون الثمن رهنًا مكانه؟ فيه قولان في الحاوي.

قال: والفرق على أحد القولين بينه وبين ما يسرع إليه الفساد، إذا قلنا بصحة رهنه حيث لا يجبر الراهن على البيع، أن البيع يمنع الفساد في هذه الصورة، فوجب [وفاءً][(٤)] مما اقتضاه الرهن في الابتداء، وليس كذلك ما كان فاسدًا وقت العقد؛ لأنه في الانتهاء على ما كان عليه في الابتداء، ولا خيار للبائع، إذا كان هذا الرهن مشروطًا في بيع؛ لأن فساده قد كان معلومًا له، ولو طرأ ما يقتضي الفساد بعد العقد وقبل القبض، فهل يحكم بانفساخ الرهن؟

فيه وجهان في الرافعي، وهما مبنيان على القول: بأن رهن ما يتسارع إليه الفساد باطل، ويجري الوجهان كما حكاه الإمام فيما لو قتل العبد المرهون بعد العقد، وقبل

---

(١) في جـ: مما.
(٢) في د: في بيعه.
(٣) سقط في جـ.
(٤) بياض في جـ.

القبض في أن حق الوثيقة، هل تتعلق بالقيمة الواجبة على المتلف؟

قال: وما لا يجوز بيعه أي: وفاقًا كالموقوف، والمرهون ونحو ذلك، أو على رأي كالجاني والغائب ونحوهما كما تقدم، خلا ما سنبينه وما في معناه.

[قال:][(١)] لا يجوز رهنه؛ لأنه لا يحصل مقصود العقد، وهو استيفاء الحق من ثمنه عند التعذر.

قال: وما لا يجوز في البيع من الغرر لا يجوز في الرهن؛ لاشتراكهما في قصد المالية.

فإن قيل: الكلام الأول[(٢)] يغني عن هذا، فإن عدم جواز البيع تارة يكون لفقد شرط، وتارة لوجود مانع، والغرر أحدهما فلا معنى لذكره.

فالجواب: أن ذلك صحيح في المبيع بالنظر إلى ذاته لكن كلام الشيخ ثانيًا يرجع إلى نفس العقد لا إلى المبيع، فلم يكن كلام الشيخ شاملاً له لو اقتصر على الأول.

قال: فإن[(٣)] **رهن المبيع قبل القبض جاز**

[رهن المبيع قبل القبض له حالتان:

الأولى: أن يرهنه من البائع فهو صحيح، وإن كان لا يجوز بيعه منه على الأصح، كما قدمناه؛ لأن الرهن غير مضمون على المرتهن، وما لا يقتضي نقل الضمان فليس من [شرط صحته][(٤)] قبضه، وهذا ما نص عليه الشافعي، كما حكاه ابن الصباغ، قبيل باب المصراة، وحكى أن من أصحابنا من قال أنه لا يصح؛ لأنه عقد يفتقر إلى القبض فأشبه الهبة][(٥)].

وهذا منه يدل على أن الهبة منه ممتنعة جزمًا، وقد صرح بذلك[(٦)] البندنيجي من قبل، وأجرى الرافعي الوجه الأول فيها أيضًا، وصحح منهما المنع وحكى عن بعضهم الجزم به، وعلى ذلك جرى المتولي [في الرهن][(٧)] في كتاب الرهن، ووجهه بأن الثمن إن كان حالاً فهو محبوس به، إن قلنا: إن البداية بالمشتري فلا يجوز رهنه كالمرهون، وإن كان مؤجلاً [أو حالاً،][(٨)] وقلنا البداية بالبائع، ففيه تغيير لمقتضى

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: الأولى.
(٣) في التنبيه: وإن.
(٤) في جـ: شرطه صحة.
(٥) سقط في د.
(٦) زاد في د: مع.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في د.

العقد في التسليم، وما قاله من أنه كرهن المرهون تفريع منه على أن رهن المرهون من الراهن لا يجوز، ويجيء هاهنا طريقة قاطعة بأنه يجوز كما حكاها في الاستقصاء، فيما إذا رهن العبد الجاني من المجني [عليه](١)؛ لأن رهنه بالجناية ليس رهنًا حقيقة [كذلك جنس المبيع على الثمن ليس رهنًا حقيقة](٢).

الثانية: أن يرهنه من غير البائع، فالصحيح عند عامة الأصحاب على ما حكاه الرافعي، وبه جزم ابن الصباغ والبندنيجي في أوائل باب بيع الطعام، المنع لضعف الملك كما أن المكاتب لا يصح بيعه، ولا يصح رهنه، وفيه وجه أنه يصح إذا لم يكن للبائع حق الحبس؛ نظرًا إلى أن المانع من صحة البيع توالي الضمانين، [وهذا ما رجحه الغزالي](٣).

وكلام البندنيجي في كتاب الرهن يوهم الجزم به فإنه قال: وإن اشترى شيئًا فرهنه قبل القبض - نظرت: فإن كان قبل تسليم الثمن إلى البائع لم يصح.

[وقال](٤) وإن كان بعد أن أسلم(٥) ثمنه إلى البائع فقد نص في [باب الرهن](٦) على جواز ذلك؛ لأنه قد استحق قبضه على وجه لا يملك منعه منه كالميراث سواء، وجعله صاحب الاستقصاء المذهب، وجزم به القاضي الحسين، في التعليق وادعى نفي الخلاف فيه، وقد ذكرناه عنه من قبل.

إذا عرفت ذلك كان لك أن تحمل كلام الشيخ على العموم من غير فرق بين أن يرهنه من البائع، أو من غيره، والله أعلم.

فرع: إذا صححنا الرهن من البائع وأذن له في القبض ففعل لزم، ولا يزول ضمان البيع، بل إذا تلف ينفسخ العقد، وليس لنا رهن إذا تلف في يد المرتهن يكون من ضمانه من غير تعدٍّ إلا هذا، وحكم قبض غير البائع إذا جوزنا الرهن منه، قد تقدم في أول كتاب البيع.

قال: وإن رهنه بثمنه لم يجز أي: إذا كان للبائع حق الحبس؛ لأنه محبوس به، فلا يجوز كرهن المرهون.

ولقائل أن يقول: ينبغي أن يصح ويتقوى أحد الجنسين بالآخر، ويعضده ما سيأتي

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: يسلم.
(٦) زاد في جـ: للسببين من الأم.

حكايته عن الإمام من بعد، أما إذا لم يكن له حق الحبس، بأن كان الثمن مؤجلاً، أو حالًّا، وقلنا البداية بالتسليم، يجبر عليها البائع فهو كما لو رهنه منه بدين غير الثمن وقد تقدم، وهذا إذا لم يكن الرهن مشروطًا في البيع.

أما لو شرط في البيع [بأن يكون المبيع مرهونًا بالثمن](١) لم يصح البيع؛ لأن المرهون غير مملوك له بعد؛ ولأن الثمن إما مؤجل أو حال، وأيما كان امتنع رهنه؛ لما ذكرناه من تعليل المتولي؛ ولأن ذلك يؤدي إلى تناقض الأحكام، فإن قضية الرهن كون المال أمانة، وإن تسليم الدين أولى(٢) وقضية الدين بخلافه، وفي ذلك أيضًا استثناء منفعة الاستيثاق، ولا يجوز أن يستثني البائع بعض منافع المبيع لنفسه.

وفي النهاية: حكاية وجه مفرع على القول بأن البداية بالمشتري أنه يصح، هذا الشرط لموافقته مقتضى العقد، ولو شرط أن يرهنه بالثمن بعد القبض ويرده إليه، فالبيع باطل أيضًا؛ لبعض المعاني المذكورة.

قال: **وإن رهن الثمرة** أي : التي يمكن تجفيفها بعد بدو الصلاح **قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع جاز في أصح القولين**؛ لأن الدَّين إن كان حالًّا - بيعت في الحال فلا عذر، وإن كان مؤجلاً، فعذره يسير وبتقدير العاهة التي علل بها النبي ﷺ منع البيع لا يَسقُط من دينه شيء بخلاف البيع؛ فإنه لو جوز لتضرر المشتري بفوات الثمن.

والقول الثاني: أنه لا يجوز، وإن كان الدين حالًّا؛ لأنه عقد لا يصح(٣) فيما لا يقدر على تسليمه، فلم يجز في الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع كالبيع.

وفيه احتراز من العتق، والوصية، ومحل تصحيح القول الأول عند الرافعي، إذا كان الدين حالًّا أو يحل مع بدو الصلاح أو بعده، أما إذا كان يحل قبل بدو الصلاح، فالأصح من القولين عنده عدم الصحة، ولا نزاع في أنه إذا شرط في الرهن على الدين الحال القطع - جاز.

ولو شرط في الدين الذي يحل قبل بدو الصلاح القطع عند المحل فطريقان: منهم من خرجه على القولين، ومنهم من قطع بالجواز، وإليه أشار الشيخ أبو

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: أولا.
(٣) في جـ: يقع.

حامد، وصاحب التهذيب.

أما الثمرة التي لا يمكن تجفيفها حكمها حكم رهن ما يتسارع إليه الفساد، [و][(١)] هذا كله إذا رهن الثمرة وحدها.

أما لو رهنها مع الأشجار، فإن كانت مما يمكن تجفيفها، صح مطلقًا، وإن لم يمكن تجفيفها، ولم نصحح رهن مايتسارع إليه الفساد، فطريقان.

أشبههما: أنه لا يصح في الثمار، وفي الأشجار قولا تفريق الصفقة.

والثاني: يصح فيهما قولاً واحدًا، وتكون الثمار تابعة للأشجار.

فرع: إذا رهن زرعًا قبل أن يشتد حبه من غير شرط القطع.

قال في الاستقصاء هو على القولين، يعني في مسألة الكتاب.

وروى غيره عن صاحب التلخيص، أنه لا يجوز قولاً واحدًا إذا كان الدين مؤجلاً، وإن صرح بشرط القطع عند المحل؛ لأنه لا يجوز بيعه إذا سنبل، وقد يتفق الحلول في تلك الحالة.

ومن جملة المستثنيات أيضًا: رهن الجارية دون ولدها، الذي لا يجوز بيعها دونه، فإنه صحيح كما يجوز إجارتها دونه؛ لبقاء[(٢)] ملك الرقبة، وإن زال ملك المنفعة؛ ولأن الجارية لو ولدت في يد المرتهن، لم يدخل الولد في الرهن، فلا يمنع ابتداء الرهن، لكن إذا دعت الحاجة إلى البيع والولد بعد صغير، بحيث لا يجوز التفرقة بينهما، فهل تباع منفردة، ويقع التفريق ضرورة، أو يباعان معًا؟ فيه وجهان حكاهما ابن أبي هريرة.

وأصحهما في الطريقين، وذكر في الزوائد للعمراني أن المنصوص الثاني، وبه جزم ابن الصباغ، ويعضده أن القاضي الحسين حكى أن الشافعي نص في الجنايات على أن الجارية لو جنت، ولها ولد صغير يباعان، وهاهنا أولى.

وفي زوائد العمراني أن الوجه الآخر يجرى فيما إذا جنت أيضًا، وعلى الصحيح إذا بعناهما، قومت الجارية ذات ولد دون ولدها، فإذا كانت قيمتها مائة، قوم الولد دون أمه، فإذا كانت قيمته خمسين، كان للمرتهن من ثمنها الثلثان، وهذا ما حكاه ابن الصباغ.

---

(١) سقط في د.

(٢) في جـ: دون إبقاء.

وحكى الماوردي، أنا نقول كم قيمة الجارية وحدها، إذا بيعت مع الولد، وكم قيمة الولد إذا بيع مع الأم، وبين العبارتين فرق.

وحكى الإمام وجهين كالوجهين فيما إذا رهن أرضًا بيضاء، وكان فيها نوى فقبض الرهن ثم أنبت النوى أشجارًا وبعناها مع الأشجار، فأحد الوجهين في الأرض: أن تقوم بيضاء فإذا قيمتها مائة، ثم يقومها مع الغراس فإذا قيمتها [مع الغراس](١) مائة وعشرون، فيكون للمرتهن من ثمنها خمسة أسداسه وهكذا، ونظيره من مسألتنا أن تقوم الأم وحدها فإذا قيمتها مائة، ثم يقومها مع الولد فإذا قيمتها(٢) مائة وعشرون، فيكون للمرتهن من ثمنها خمسة أسداسه وهكذا.

الوجه الثاني في الأرض، أنا نقومها بيضاء فإذا قيمتها مائة، ثم نقوم الغراس [في الأرض متفردًا فإذا قيمته خمسون، فيكون للمرتهن من ثمنها الثلثان، ونظيره من مسألتنا أن تقوم الأم وحدها فإذا قيمتها مائة، ويقوم الولد وحده مضمومًا إلى الأم كما قدرنا الأشجار ثابتة، فإذا قيمته خمسون، فيكون للمرتهن من ثمنها الثلثان، ثم قال: واختيار الشيخ أبي علي والقاضي هذه الطريقة.

وذكر صاحب التقريب معها طريقة أخرى واختارها، أنا نقوم الأم مع الولد وهي حاضنته، ونقوم الولد مع الأم، ولا يفرد واحد منهما بالتقويم على تقدير الانفراد، بخلاف مسألة الغراس.

والفرق: أن الجارية رهنت وهي ذات ولد، فاستحق المرتهن بيعها على نعت الضم، والأرض رهنت ولا غرس فيها، ثم حدث الغراس [من بعد، فلا جرم قدرنا الأرض بيضًا في الوجهين جميعًا، ورجعت ثمرة الخلاف إلى قيمة الغراس](٣)، نعم نظير مسألة الغراس أن تعلق الجارية بولد بعد الرهن.

قلت: وما حكاه صاحب التقريب من الحكم مقارب(٤) لما حكيته عن الماوردي، وما قاله من الفرق فيه نظر: من حيث إنه جعل نظير مسألة(٥) الغراس، ما إذا حملت بعد الرهن وليس كذلك؛ لأن مسألة الغراس مصورة بما إذا رهنت،

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: هي.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: متقارب.
(٥) في د: المسألة.

والنوى فيها فهو بمنزلة العلوق بل نظيرها ما إذا علقت ثم رهنها، [وكذلك جزم المحاملي في المجموع بأنه إذا كان فيها النوى وعلم به المرتهن، إما قبل عقد الرهن أو بعده ورضي به ثم نبت[1] نخلاً، أنا إذا بعناهما دفعنا للمرتهن قيمة أرض فيها نخل؛ لأنه لما علم بذلك ورضي به صار راضيًا بارتهان أرض ذات نخل، فاستحق قيمتها على تلك الحال][2].

ثم مقتضى قوله أنها إذا علقت بعد الرهن، يجيء فيها الوجهان في كيفية التقويم، والمنقول في الرافعي أن للمرتهن من الثمن قيمة الجارية ولا ولد لها .

وإذا تأملت ما حكيناه انتظم لك منه أربعة أوجه:

فرع: هل يثبت للمشتري إذا كان جاهلاً بأن لها ولدًا، وكان الرهن مشروطًا في بيع [الخيار؟][3] .

قال الماوردي : إن قلنا تباع دون ولدها فلا خيار له، وإلا فوجهان، أحدهما – وهو ما جزم به القاضي أبو الطيب في تعليقه [وغيره][4] : – الثبوت لما يلحقه من النقص في قيمتها.

آخر: إذا رهن بهيمة ذات ولد يرضع، وقلنا لا تباع الجارية دون ولدها، فهل تباع البهيمة دون ولدها؟ فيه وجهان في الاستقصاء.

قال: وإن رهن نخلاً وعليه ثمرة غير مؤبرة لم تدخل الثمرة في الرهن في أصح القولين ، كما لا تدخل الثمرة الحادثة بعد الرهن، وهذا هو الجديد وبه جزم بعضهم، كما حكاه ابن الصباغ «ويدخل[5] **في الآخر**» كما يدخل في البيع، وهذا هو القديم.

وحكم أغصان الخلاف، وورق الآس، والفرصاد حكم الثمرة غير المؤبرة، وأما الأغصان [التي][6] لا تقصد، والجريد، وكذا الورق الذي ينزل إلى أن يتساقط فإنه داخل في الرهن، وإذا سقط الورق واجتمع منه شيء، كان كما يسقط من الدار المرهونة، قال الإمام: ومن أصحابنا من قال إذا انبترت[7] أو بترت، لم يتعلق

---

(١) في جـ: ثبت.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) في التنبيه: وتدخل.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ: اشتدت.

استحقاق المرتهن بها [وجزم في الشامل وتعليق أبي الطيب في الجريد الموجود حالة الرهن بعدم الدخول][1].

وإذا جرى الخلاف في اندراج الثمرة مع إمكان بيعها دون النخيل والعكس، ففي اندراج الحمل فيه من طريق الأولى[2]، وقد صرح [به][3] الأصحاب، فإن قلنا بعدم الاندراج، فلو قال رهنتك الجارية وحملها، فهل يكون الحمل مرهونًا؟ فيه تردد[4] للأصحاب قال الإمام: والظاهر أنه لا يندرج، وفي اندراج اللبن الكائن في الضرع حالة العقد طريقان.

أحدهما: القطع بأنه لا يدخل.

والمشهور أنه على الخلاف، ثم هو عند بعضهم بمنزلة الثمار، وعند آخرين بمنزلة الجنين.

وفي الصوف على ظهر الحيوان طريقان:

أحدهما: القطع بدخوله [كالأغصان،][5] حكاه في التتمة.

وأظهرهما: أنه على القولين في الثمار وزاد بعضهم قولاً ثالثًا فارقًا، بين ما قصر بحيث لا يعتاد جزه، فيدخل دون ما يعتاد جزه فلا يدخل.

فرع: إذا رهن الأشجار فيه وجهان، وكذا في دخول الأساس[6] تحت اسم الجدار، الذي جزم به القاضي أبو الطيب في المغارس عدم الدخول، ولا يدخل البناء بين الأشجار في الرهن عند رهن الأشجار إن أمكن الانتفاع به منفردًا، وإلا فهو على الخلاف في المغارس عند صاحب التقريب، والشيخ أبي محمد، والأشهر عدم الدخول.

قال: وإن شرط في الرهن شرطًا ينافي مقتضى الرهن فإن كان ينفع الراهن أي مثل إن شرط ألا يباع في الدين، أو ألا يباع إلا بأكثر من ثمنه، أو ألا [يتقدم][7] به عند ازدحام الديون أو أن يكون مضمونًا على المرتهن بطل الرهن ؛ لأن ذلك مخالف لمقصود الرهن فمنع الصحة كما لو قال بعتك بشرط ألا تملكه.

---

(١) سقط في د.

(٢) في د: الأول.

(٣) سقط في جـ.

(٤) في جـ: ترد.

(٥) في جـ: كالأعضاء.

(٦) في د: الآس.

(٧) في د: يقدم، وفي جـ: أولا تقدم.

وفي كتاب القاضي ابن كج أن ابن خيران حكى في إفساد الرهن فيما عدا الصورة الأخيرة القولين الآتيين فيما إذا كان ينفع المرتهن، وحكاهما أبو علي في الإفصاح في الأخيرة أيضًا.

قال ابن الصباغ فيها: والأول أصح.

قال: وإن كان ينفع المرتهن أي مثل أن يشترط أن يباع بأي ثمن كان، وإن قل، أو قبل حلول الحق، أو أن ما يحدث من ثمرة ونتاج وكسب يكون مرهونًا أيضًا، ففيه قولان:

أصحهما: أنه يبطل؛ لأنه شرط باطل، قارن العقد فأبطله، كالشرط المضر بالمرتهن.

والثاني: لا يبطل؛ لأن هذه الشروط لا تقدح في الوثيقة فلغت، وبقي الرهن بحالة بخلاف الشرط الذي ينفع الراهن؛ ولأن الرهن ينزع من الراهن وهذا الشرط فيه تبرع آخر، وأحد التبرعين لا يبطل ببطلان الثاني كما لو أقرضه الصحاح، وشرط رد المكسر، و [قد][1] حكي عن القديم صحة الشرط، بأن ما يحدث من الثمار أو النتاج يكون مرهونًا، ووجه في صحة شرط ما يحدث من الكسب.

فرع: لو شرط المرتهن أن يبيع الرهن؛ لوفاء الدين، كان الشرط فاسدًا، فإن شرط زيادة فاسدة في حق المرتهن، ويبطل بذلك البيع المشروط - فيه ذلك.

[وإن لم يكن الرهن مشروطًا في بيع فهل يفسد الرهن؟ فيه قولان:

ووجه فساد الشرط أن توكيل المرتهن في بيع المرهون لوفاء الدين فاسد، كما سنذكره عن العراقيين، وفي النهاية ما يخالفه كما سنذكره في آخر الباب، ويجيء عليه أن يكون الشرط صحيحًا قال: وإن شرط الرهن في بيع، فامتنع [الراهن][2] من الإقباض، أي بعد عقد الرهن أو أقبضه[3]، **ثم وجد به عيبًا، ثبت له الخيار في فسخ البيع**، أي بعد رد الرهن لأنه لم يرضَ بذمته إلا بتوثيقه، فإذا لم يحصل له كان ذلك نقصانًا وعيبًا، فثبت له الخيار، فإن قيل: لما لا يجبر الراهن على الإقباض وفاءً بالشرط عملاً بقوله: ﷺ «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِم»[4]؟

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في: د.
(٣) في التنبيه: قبضه.
(٤) تقدم.

قال ابن الصباغ: لأن الرهن لا يلزم إلا بالقبض، كما دللنا عليه من قبل، وهكذا الحكم فيما لو شرط في البيع كفيلاً، فامتنع من الضمان لا يجبر، ويثبت للبائع الخيار، ثم الخيار في الرهن يثبت على الفور بعد الامتناع؛ لأنه خيار نقص، والامتناع يكون بعد الطلب، صرح به الماوردي، أما إذا لم يطلع على عيب المرهون إلا بعد تلفه في يده، لم يكن له خيار في فسخ البيع ولا طلب الأرش، وكذا لو شرط في الرهن رهن عبدين فأقبضه أحدهما، وتلف عنده أو تعيب، ثم امتنع الراهن من تسليم الآخر لم يثبت للمرتهن خيار.

قال في الاستقصاء: لأن الخيار يثبت إذا رد المأخوذ على الوجه الذي أخذه، وقد تعذر الرد [لذلك](1).

وفي النهاية حكاية وجه في ثبوت الخيار أيضًا، وادعى ميل(2) النص إليه.

فرع: إذا خلَّى الراهن بين المرتهن وبين الرهن المشروط في البيع فامتنع من قبضه فهل يجبره القاضي على قبضه؟ فيه وجهان عن رواية صاحب التقريب.

فإن قلنا: لا يجبره أبطل القاضي خياره في فسخ البيع.

[مسألة](3): قال: وإن(4) **شرط في البيع رهنًا فاسدًا** أي: مثل أن قال بعتك عبدي هذا بألف على أن ترهنني به دارك هذه بشرط ألا تباع في الدين، أو بشرط أن تكون منفعة المرهون لى مدة بقاء الرهن، أو يكون مبيعًا منك بعد شهر بالدين، [وما](5) جانس ذلك بطل(6) **في أحد القولين**؛ لأن الرهن ينزل في مقابلته جزءٌ من الثمن، فإذا لم يصح اقتضى ضم ذلك الجزء إلى الثمن وهو مجهول فتصير جملة الثمن مجهولاً فبطل لذلك، وهذا هو الصحيح في الاستقصاء وغيره.

قال: دون الآخر؛ لأن الرهن ينعقد منفردًا عن البيع فلم يفسد بفساده؛ كالصداق مع النكاح.

قال أبو إسحاق: ولا يجوز أن يقال الرهن مقابلة جزء من الثمن؛ لجواز اشتراطه في القرض الذي لا تجوز الزيادة عليه بالشرط، وهذه طريقة الشيخ أبي حامد، وقال

---

(١) سقط في د، وفي جـ: كذلك.
(٢) في جـ: مثل.
(٣) سقط في د.
(٤) في التنبيه: فإن.
(٥) سقط في جـ.
(٦) زاد في التنبيه: البيع.

القاضي أبو الطيب: فيما إذا شرط أن تكون منافع المرهون للمرتهن إن كانت المنفعة مجهولة: بطل الرهن والبيع، وإن كانت معلومة فقد اشتمل هذا العقد على بيع وإجارة؛ لأنه جعل المبيع في مقابلة الثمن ومنفعة الرهن فيجيء في صحة ذلك القولان السابقان وهذا ما حكاه الماوردي في هذه الصورة.

وقال: أما إذا شرط كون المنافع للمرتهن في نفس الرهن لا في عقد البيع كان الشرط باطلاً، وفي بطلان الرهن قولان، فإن أبطلناه كان في بطلان البيع القولان.

وقال ابن الصباغ : ظاهر كلام الشافعي ما قاله الشيخ أبو حامد.

فرع: لو قال: بعني عبدك بألف على أن أعطيك بها وبالألف التي لك عليَّ داري رهنًا [فيه](1) ففعل(2) كان البيع والرهن باطلين.

أما البيع فلأنه شرط فيه رهنًا فيما لا يستحق رهنًا فيه فبطل، وإذا بطل جر جهالة(3) إلى الثمن.

وأما الرهن في ثمن المبيع فلبطلان البيع، وفي الألف الآخر؛ لأن الرهن فيه كان بشرط البيع.

وقال ابن أبي هريرة: هذا فساد من جهة الشرط في الرهن وهو شرط ينتفع به المرتهن فكان باطلاً، وفي بطلان الرهن به قولان، فإن صححناه صح البيع، وإلا كان في صحة البيع القولان.

[و](4) قال الماوردي: والصحيح التعليل الأول وقد حكى عن الشيخ أبي محمد وغيره [في](5) صحة الرهن بالألف القديم أن كان عالمًا بفساد الشرط، أو لم يعلم إذا قلنا بجواز تفريق الصفقة فيه.

ورأى القاضي الحسين عدم صحة الرهن بالألف القديم عند الجهل بالفساد.

قال: ولا ينفك من الرهن شيء حتى يقضي جميع الدين؛ [لأنه قد](6) تعلق به حق فكان متعلقًا به وبكل جزء منه كرقبة المكاتب، وتركة المديون ولا فرق في قضاء الدين المحصل لفكاك الرهن بين أن يكون يدفع نفس الحق أو بدله، والعبارة الوافية بالمقصود في هذا أن يقال:

---

(1) سقط في جـ.
(2) في د: فبطل.
(3) في جـ: خرجها له.
(4) سقط في د.
(5) سقط في د.
(6) في د: لانفصال.

ولا ينفك من الرهن شيء حتى يبرأ من عليه الدين من جميع الدين المرتهن به؛ لأنها تشمل ما ينفك به الرهن من القضاء والإبراء والحوالة [على المديون أو منه كما صرح به المتولي في الحوالة][1] والإقالة والمعاوضة.

وكلام الشيخ يقتضي الحصر في القضاء، ولا خلاف في أن العين التي اعتاضها عن[2] الدين لو تلفت قبل القبض عادت وثيقة الرهن كما كانت، وكذا لو تقايلا عقد المعاوضة كما صرح به القاضي أبو الطيب وغيره.

ثم هذا كله إذا كان الرهن في عقد واحد من شخص واحد عند واحد والمديون واحد، وكذلك مالك الرهن أو من انتقل إليه بالإرث، فلو رهن نصف العين بعشرة، والنصف الآخر بعشرة فلكل نصف حكم الرهن الكامل.

ولو رهن العين من شخصين على عشرين لهما بالسوية، ثم برئ من دين أحدهما انفك نصيبه[3] بلا خلاف، اللهم إلا أن يتحد جهة الدينين كما إذا أتلف عليهما مالاً أو ابتاع منهما شيئًا، فإنه لا ينفك إلا أن يبرأ من جميع دين الآخر، على وجه غريب رواه صاحب التقريب.

ولو تعدد المدين والراهن وكيل[4] فالأصح التعدد كما لو باشر من عليه الدين بنفسه. ولو تعدد مالك الرهن في صورة الاستعارة والراهن واحد وقصد فك نصيب أحدهما بدفع ما عليه، فالأظهر من القولين في عيون المسائل الانفكاك.

وروى المحاملي وغيره قولاً ثالثًا: أن المرتهن إن كان عالمًا بأنه لمالكين فللراهن فك نصيب أحدهما بأداء نصف الدين، وإن كان جاهلاً فلا.

قال الإمام : ولا يعرف لهذا وجها.

ولو اتحد الراهن والمدين، وكان المرهون عبدين متماثلي القيمة استعار كلا منهما من مالك فأدى نصف الدين ليخرج أحدهما عن الرهن ففيه طريقان:

أحدهما: القطع بانفكاكه لانضمام تعدد المحل إلى تعدد المالك.

والأظهر طرد القولين [كما حكاه[5] ابن الصباغ. عن الرهن الصغير][6] وإذا قلنا

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: عين.
(٣) في جـ: نصفه.
(٤) في جـ: وكيلا.
(٥) في جـ: حكاهما.
(٦) سقط في د.

بالانفكاك فلو كان الرهن مشروطًا في بيع، فهل للمرتهن الخيار إذا كان جاهلاً بأن المرهون لمالكين؟ فيه وجهان [أو قولان][(١)] أصحهما أن له الخيار.

ولو مات الراهن وخلف ولدين فأدى أحدهما نصف الدين، لا ينفك نصف المرهون على أصح القولين، وبه قطع قاطعون.

وقول الانفكاك رواه صاحب التقريب، واستبعده الإمام وقال: إنما ينقدح في فك قدر نصيبه من التركة إذا أدى قدر حصته من الدين؛ بناء على أنه لو أقر بدين على مورثه وأنكر الآخر لا يلزمه إلا قدر حصته، ومقتضى هذا البيان أن يكون هذا القول هو الصحيح، فإن الجديد أنه لا يلزم المقر من الورثة إلا قدر حصته من الدين، وأيده الرافعي بأن تعلق الدين بالتركة هل هو كتعلق الرهن أو الجناية؟ وفيه خلاف، فإن كان الأول فهو كتعدد الراهن، وإن كان الثاني فهو كما لو جنى العبد المشترك فأدى أحد الشريكين نصيبه فإنه ينقطع عنه التعلق، لكنه خص ذلك بما إذا لم يسبق الموت مرض، وقال فيما إذا سبق الموت مرض: إن التعلق يكون سابقًا على ملك الورثة، لأن للدين أثرًا بيِّنًا في الحجر على المريض، فيشبه أن يكون القول في انفكاك نصيبه كما في السورة السابقة يعني في الرهن، وما قاله أخيرًا فيه نظر: فإن تصرف المريض في ماله لا يختلف على المذهب بين أن يكون عليه دين أم لا.

نعم حكي وجه: أنه إذا وفى بعض ديونه في المرض بجميع ماله أن لمن بقي من أرباب الديون مقاسمته بعد الموت، فإن أراد هذا فهو صحيح لكن لا يعكر [على][(٢)] هذا على المذهب.

قال: **ولا يتصرف الراهن في الرهن بما يبطل به حق المرتهن كالبيع والهبة ولا ينقص[(٣)] به قيمة الرهن كلبس الثوب وتزويج الأمة ووطئها إن كانت ممن تحبل)** أي أو كانت بكرًا، لقوله ﷺ «لا ضَرَرَ، وَلا ضِرَارَ فِي الإِسْلامِ»[(٤)] ولما ذكرنا في أوائل باب ما يجوز بيعه، وقد تقدم ثم حكاية ما أبداه الإمام في بيعه، ولو كانت ذات زوج لم يمنع من وطئها لسبق حقه، ولا من صيرورتها أم ولد، وكذا لو طلقها طلاقًا رجعيًّا لا يمنع من المراجعة.

---

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٣) في التنبيه: ولا بما ينقص.

(٤) تقدم.

قال الماوردي: لأنه مع الرجعية مقيم عليها بالنكاح.

قلت: وسنقف في باب الرجعة على خلاف في أن الرجعة في حكم ابتداء النكاح، أو في حكم استدامته؛ حتى أجري خلاف: في أن العبد هل له المراجعة بغير إذن سيده أم لا؟ فقد يظن جريان مثل ذلك هاهنا [وليس كذلك؛ لأن رضا الحرة غير معتبر في رجعها فلسيد الأمة أولى، وإنما جرى الخلاف ثم؛ لأن رضا الزوج هو المعتبر في الارتجاع؛ فلذلك تبينا ابتداء النكاح][(١)].

قال: [**وإن كانت ممن لا يحبل**][(٢)] أي لصغر، أو كبر وهي ثيب **جاز**[(٣)] **وطؤها** كسائر الانتفاعات التي لا تضر بالمرتهن، وهذا قول أبي إسحاق واختاره ابن كج.

وقيل: لا يجوز؛ إذ العلوق ليس له وقت معلوم فإن الطباع مختلفة فيمنع حسمًا للباب، كما قلنا في شرب الخمر لما لم يتميز ما يسكر منه مما لا يسكر مع اختلاف الطباع في السكر حرم الجميع، وعلى الوجه الثاني - وهو الذي قال به ابن أبي هريرة والأكثرون - لا يجوز له استخدامها بنفسه؛ حذارًا من وطئه لها[(٤)].

ويجري الوجهان فيما إذا كانت الأمة حاملاً من زنا وجوزنا وطأها [ويتجه جريان مثل هذا الخلاف فيما لو كانت الجارية لصغير، انتقلت إليه مرهونة بالإرث، وغير ذلك][(٥)].

تنبيه: إنما مثل الشيخ التصرف المبطل لحق المرتهن بالبيع والهبة؛ ليخرج إبطال حق المرتهن من الرهن باستيفاء القصاص منه كما سنذكره، وتمثيله بما ينقص قيمته باللبس ونحوه؛ ليخرج ما إذا نقص حقه بالمقاسمة، كما إذا رهن من شخصين شيئًا

---

(١) سقط في د.

(٢) في التنبيه: تحبل.

(٣) زاد في التنبيه: له.

(٤) قوله: والأكثرون على منع وطء المرهونة بغير الإذن، سواء كانت ممن تحبل أم لا. ثم قال: وإذا قلنا به فلا يجوز له استخدامها بنفسه؛ خوفا من وطئها. انتهى.
اعلم أن المصنف قد جزم في باب العارية بأن استعارة جارية الغير للخدمة لا يستلزم الخلوة المحرمة، قال: ولهذا جزم الإمام بعدم التحرُّم إذا استخدمها بغير خلوة. انتهى. والذي قاله ظاهر، وحينئذ فالجواز في المرهونة بطريق الأولى؛ لأنها ملكه. ثم إن المصنف - أيضا - قد صحح هناك جواز إعارتها للاستخدام المذكور إذا كانت لا تشتهى؛ لكونها صغيرة أو شوهاء، وهو هاهنا أولى؛ لما سبق. [أ و].

(٥) سقط في د.

وقضى دين أحدهما وأراد أن يقاسم المرتهن في المرهون، وكان ينقص بذلك، فإن له المقاسمة على أحد الوجهين كما حكاه في المهذب، والخلاف يجري فيما إذا رهن ما يخصه من شيء مشاع، وأراد الشريك والراهن القسمة، والأظهر أن المرتهن لا يجبر على ذلك.

وحكى الإمام في جواز القسمة خلافًا، وإن كان المرهون مكيلاً أو موزونًا، أو ما يجبر الشريك على قسمته[1] وبناه على أن القسمة بيع أو إفراز حق، ومقتضى هذا البناء[2] ألا تجوز القسمة وإن رضي المرتهن إذا قلنا: إن القسمة بيع ولم نجوز نقل الوثيقة من العين إلى عين أخرى، كما هو أصح الوجهين، أما إذا جوزنا نقل الوثيقة فينبغي أن نجوز، وبالمنع أجاب الإمام، وإن جوزنا نقل الوثيقة؛ لأن هذا تبادل بصيغة البيع، ولا خلاف فيه.

قال الرافعي: والمفهوم من كلام المعظم صحتها.

قلت: وعندي في دعوى الإمام نفي الخلاف في منع التبادل بصيغة البيع نظر، من حيث إن كتب المذهب مشحونة بحكاية قولين فيما إذا أذن[3] المرتهن للراهن في بيع المرهون على دين مؤجل، بشرط أن يكون الثمن رهنًا مكانه، فأحد القولين أن البيع والشرط صحيحان، وهذا عين التبادل بصيغة البيع الصريحة.

فإن قيل: الإمام قد وجه هذا القول بأن المرهون إذا هلك، تعلق حق المرتهن بالقيمة، وما يقع لا يمتنع شرطه وليس يقع مثل ذلك فيما ذكرتم؟

قلت: الإمام عمم الحكم بالمنع في المكيلات والموزونات من ذوات الأمثال مع وجود ما علل به قول صحة الشرط والبيع [في المثليات][4]؛ لأنه إذا تلف[5] الرهن وكان مثليًّا تعلق حق الوثيقة بمثله فاندفع الجواب.

وجعل الشيخ أبو إسحاق - رحمه الله ونفعني به - وطء الجارية مما ينقص القيمة، تفريعًا منه على أن إحباله لا ينفذ فإنه يتوقع من الوطء العلوق، المفضي إلى الطلق وكل منهما منقص للمالية.

أما إذا قلنا بنفوذ الاستيلاد فيحسن إلحاقه بما يزيل الرهن، [ولا يقال][6] الأحسن

---

(١) في جـ: قيمته.
(٢) في د: البيان.
(٣) في جـ: كان.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: أتلف.
(٦) سقط في د.

أن يجعل قسمًا ثالثًا؛ فإن الأول لو صح أزال الرهن في الحال، وهذا يتوقع به الزوال؛ لأنا نقول[(١)] سبب الزوال قد يقام مقام الزوال، ألا ترى أن الوطء منعنا منه، وإن قلنا: بعدم نفوذ الاستيلاد مع أنه لا ينقص في الحال، لكنه سبب النقص في المال.

وقوله: بما يبطل به حق المرتهن: فيه إشارة إلى أن محل هذا الكلام بعد القبض إذ به يتعلق الحق له، أما قبل القبض فيصح منه سائر التصرفات من البيع والهبة وغيرهما؛ لفقد المانع منهما، كما صرح به الأصحاب، لكن هل يكون تصرفه رجوعًا عن الرهن؟ ينظر فيه، فإن كان بيعًا أو هبة أو رهنًا واتصل بهما القبض أو إصداقًا أو عتقًا أو كتابة أو وطئًا حصل منه إحبال كان رجوعًا، والوطء من غير إحبال والتزويج لا يكون رجوعًا، وكذا الإيجار إن جوزنا بيع المستأجر، وإن لم نجوزه فالأصح أنه رجوع والتدبير رجوع على المنصوص.

وخرج الربيع قولاً أنه ليس برجوع.

وقال الإمام: وهو منقاس إذ بيع المدبر جائز عندنا.

واعلم أن اللغة الفصيحة في قول الشيخ بما ينقص أن تفتح الياء وتسكن النون وتضم القاف المخففة، وبها جاء القرآن العزيز، ويجوز ضم الياء، وفتح النون، وكسر القاف المشددة.

قال: **ويجوز أن ينتفع به**[(٢)] **فيما لا ضرر [فيه] على المرتهن، كالركوب والاستخدام** أي والسكنى، وزراعة ما لا يبقى بعد حلول الدين، ولا ينقص قيمة الأرض.

قال: **وله أن [يعير و]**[(٣)] **يؤجر** أي: من ثقة إن **كانت** مدة الإجارة دون محل الدين؛ لأن المنافع ملكه كما سنبينه، ولا ضرر على المرتهن في استيفائها، فكان له الاستيفاء بنفسه، وبمن بينا كما في غير المرهون، وقد حكي عن القديم قولان:

أحدهما: أنه ليس له استيفاء[(٤)] المنفعة بنفسه، ولم يطرده الماوردي في الانتفاع بالأرض [في الزراعة][(٥)] بل جزم القول بجوازه، وفرق بين الزراعة، والسكنى: بأن يد

---

(١) في جـ: لا يقول.
(٢) في التنبيه: بها.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: انتفاء.
(٥) في د: بالزراعة.

الساكن على الدار، وليس للزارع[١] يد على الأرض، وإنما يده على الزرع فلم يمنع منه، ومنع بعض الأصحاب الخلاف في المسألة، وحمل الأول على ما إذا كان ثقة، والثاني على غير الثقة؛ حذارًا من الجحود، وهذا ما صححه الماوردي، والثاني، رواه صاحب التقريب: أن الرهن لا يخرج من يد المرتهن بحال، وعلى المشهور إذا أراد الراهن أخذه، فإن كان غرضه منفعة يدام استيفاؤها؛ كالسكنى فتبقى في يده، وإن كان[٢] منفعة تستوفى في بعض الأوقات، كالاستخدام والركوب فتستوفى نهارًا وترد ليلاً.

وهل يجب الإشهاد عند كل أخذ؟ ينظر: إن وثق المرتهن بالتسليم فلا، وإلا أشهد عليه شاهدين[٣] أن[٤] يأخذه للانتفاع، وإن كان مشهور العدالة موثوقًا به عند الناس فوجهان أشبههما أنه يكتفى بظهور حاله، ولا يكلف الإشهاد لما فيه من المشقة، ومحل ما ذكرناه إذا أراد الراهن شيئًا من الانتفاعات التي يحوج استيفاؤها إلى إخراج الرهن عن يد العدل كالركوب والاستخدام، أما إذا لم يرد ذلك، وكان المرهون مكسبًا وتيسر اكتسابه في يد المرتهن، لم يخرج من يده، كذا قال الرافعي.

ثم قال من بعد: وكلام الغزالي في الوسيط، والوجيز يدل على أن العبد لا ينزع من يد المرتهن إذا أمكن اكتسابه، وإن طلب الراهن منه الخدمة والأكثرون لم يتعرضوا لذلك.

وقضية كلامهم: أن له أن يستخدمه مع إمكان الاكتساب، ولا خلاف أن الراهن ليس له المسافرة بالمرهون لحاجة الخدمة والاكتساب، وإن كان السفر قصيرًا؛ لما فيه من الخطر، والحيلولة القوية من غير ضرورة، أما السفر لحاجة الرعي ففيه كلام يأتي.

ولو أراد أن يزرع ما لا يستحصد إلا بعد حلول الدين فهل يمنع منه؟ فيه قولان أو وجهان، بناهما الماوردي على جواز بيع الأرض المزروعة، فإن جوزنا البيع جاز له أن يزرع، وإلا فلا، فعلى هذا، لو زرع لا يكلف القلع[٥]، قبل حلول الحق، وإذا حل الحق كلف ذلك، إلا أن يختار المرتهن الصبر إلى أوان الحصاد.

وقيل: يجبر على القلع في الحال، وعلى الأول إذا حل الحق، بأن[٦] وفي بيع

(١) في جـ: للزراع.
(٢) في جـ: كانت.
(٣) في جـ: شاهدان.
(٤) في د: أنه.
(٥) في جـ: القطع.
(٦) في د: فإن.

الأرض به فلا كلام، وإلا كلف قلع الزرع إذ ذاك، إن لم يكن محجورًا عليه، أو بيع الأرض مع الزرع، ودفع المرتهن قيمة الأرض.

وكيف تقوم؟ يتجه أن يكون الحكم فيه أن تقوم الأرض بيضاء، ولا زرع فيها، فما قومت به تعلق حق المرتهن به كما حكاه في الاستقصاء عن نص الشافعي، فيما إذا نبت في الأرض شجر بعد الرهن.

ولو أجر المرهون مدة تنقضي بعد حلول الدين، أو كان حالاً، فعن بعض الأصحاب فيما رواه ابن القطان بناء صحة الإجارة على القولين، في جواز بيع المستأجر، إن لم نجوزه لم تصح وإلا صحت.

وزاد الماوردي : إذا لم توكس الإجارة ثمن المرهون.

وفي المهذب: أن أبا علي الطبري، قال: المسألة على القولين في زراعة ما لا يستحصد قبل محل الدين، والمشهور بطلانها قطعًا، أما إذا لم نجوز بيع المستأجر فظاهر، وأما إذا جوزناه؛ فلأن الإجارة الحق فيها للمستأجر، فلا يقدر الراهن على إزالته بخلاف الزرع، ثم القائلون بالمنع لم يفصل الجمهور [منهم][1].

وفي الحاوي والتتمة في المسألة الأولى: أن الإجارة تبطل فيما زاد على مدة الأجل، وفي الباقي قولا تفريق الصفقة.

قال الماوردي : سواء رضي بذلك المرتهن [فيما بعد][2] أو لم يرض، وحكم إجارته قدر مدة الدين حكم إجارته دون مدة الدين.

ولو مات الراهن في أثناء المدة التي جوزنا العقد عليها، ففي قطع الإجارة وجهان، فإن قلنا لا ينقطع ضارب[3] المرتهن مع الغرماء بحقه في الحال، ثم إذا انقضت مدة الإجارة بيع الرهن في حقه، فإن فضل منه شيء أخذه الغرماء، ثم هذا كله فيما إذا وقع عقد الإجارة من غير المرتهن، أما إذا صدر معه فيصح وجهًا واحدًا، ولا يبطل بذلك الرهن، وإن صدرت الإجارة قبل تسليم الرهن [ويتسلمه عنهما][4]، وهذا لو كان مستأجرًا ثم رهنه من المستأجر [صح][5].

---

(١) في د: من هم.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: صارت.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.

قال: وإن رهنه بدين آخر، أي: من جنس الأول عند المرتهن ففيه قولان أصحهما : أنه لا يجوز، وهذا هو الجديد؛ لأنه رهن مستحق بدين، فلا يجوز رهنه بغيره كرهنه عند آخر.

والثاني- وهو القديم واختاره المزني-: أنه يجوز؛ لأنه وثيقة على حق ليس عوضًا عنه فجازت الزيادة فيه كالضمان والشهادة]، وقد قيل إن هذا القول محكي في الجديد أيضًا وأيده المزني بأن الشافعي نص في المختصر على أن المرهون إذا جنى، ولم يفده السيد، فاختار المرتهن أن يفديه؛ ليكون رهنًا بحاله بالحق الأول، وبما فداه به من الأرش بإذن الراهن صح.

قال الإمام: ومن بدائع الأمور اختيار المزني جواز ذلك مع ميله(١) إلى القياس في اختياراته، وقد أجاب الأصحاب عن الأول بأنه يجوز أن يضمن الضامن دين غيره، ولا كذلك الرهن، فإنه لا يجوز أن يجعل على دين غيره، [وحكم المشاهد](٢) يتسع لحقوق كثيرة، وحملوا النص على حكاية القول القديم، ومنهم من حمله على الجديد، وهو الظاهر.

وفرق بأن الذي نص عليه الشافعي إنما جاز؛ لأن الأرش متعلق بالرقبة مع بقاء الرهن، فإذا رهنه به فقد علق بالرقبة ما كان متعلقًا بها، وغيره من الديون لم يكن متعلقًا بها، فلم يجز رهنه به. ولأن المجني عليه يملك استيفاء الحق من رقبته، وإن بطل الرهن به فصار بذلك في معنى الرهن الجائز، ويجوز أن يلحق بالعقد الجائز ما لا يلحق باللازم؛ ولأن ذلك من مصلحة الرهن وحفظه على المرتهن والمالك، بخلاف مسألتنا، ومثار الخلاف في المسألة المستشهد بها عند بعض من أثبته، أن المشرف على الزوال إذا استُدْرِكَ وصِينَ عنه يكون استدراكه كإزالته وعادته(٣)، وهو محض استدامة وفيه قولان مأخوذان كما قال الإمام من معاني كلام الشافعي، فإن قلنا بالأول فكأنهما يوافقا على فكاك الرهن، واستأنفاه بالدينين، وإن قلنا بالثاني ففيه القولان، أما إذا كان الدين الأول دراهم والثاني دنانير، وقلنا أنه يجوز، فهل يجوز هاهنا؟ فيه وجهان: أقيسهما في الاستقصاء أنه يجوز، ويجري الطريقان فيما إذا أنفق

---

(١) في د: مثله.
(٢) في د: وعلم الشاهد.
(٣) في د: وإعادته.

المرتهن على الرهن عند عجز المالك على[(١)] النفقة بإذن الحاكم، وشرطا أن يكون مرهونًا بهما، كما صرح به القاضي أبو الطيب.

فروع:

لو اعترف الراهن بأن المرهون مرهون بعشرين، ثم ادعى أنه رهنه أولاً بعشرة، ثم بعشرة ونازعه المرتهن فعلى القديم لا ثمرة لهذا الاختلاف، وعلى الجديد القول قول المرتهن مع يمينه.

وفي الحاوي حكاية وجه: أن القول قوله من غير يمين، ولو قال المرتهن في جوابه فسخنا الأول واستأنفاه بالعشرين، فالقول قول المرتهن أيضًا؛ لاعتضاد جانبه بإقرار صاحبه، أو قول الراهن؛ لأن الأصل عدم الفسخ؛ فيه وجهان مذكوران في تعليق البندنيجي وغيره، وميل الصيدلانى إلى الأول.

وعن صاحب التهذيب الأصح الثاني.

ومما يترتب على ذلك: أنه لو قال لشاهدين: كان هذا رهنًا بألف، فجعلته رهنًا بألفين [فيقبل][(٢)]، [ما لم يصرح][(٣)] الشاهدان بأن الثاني كان بعد فسخ الأول.

وفي النهاية حكاية وجه عن صاحب التقريب: أنه يلزمه الحكم بكونه رهنًا، فإنه يجب على الحاكم حمل ما ينقله الشهود على الصحة، وهذا إذا لم يطلع الشاهدان على شرح الحال، فلو أقر الراهن عندهما بأن [هذا][(٤)] العبد رهنته عند فلان بألف، [ثم][(٥)] رهنته بألف أخرى أو جرى الرهن بحضورهما، ثم ترافع المتراهنان إلى الحاكم وجب على الشاهدين أن يشهدا بما تحملاه مفصلاً، إن لم يكونا من أهل الاجتهاد وإن كانا فهل لهما الاجتهاد في ذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم فإن كانا يعتقدان أن القول القديم كان لهما أن يشهدا أنه مرهون بألفين، وإلا فيشهدا أنه مرهون بألف.

والثاني: لا، وهو قول أبي إسحاق المروزي.

والأصح في الحاوي: بل حالهما كما لو لم يكونا من أهل الاجتهاد، وهكذا

---

(١) في جـ: عند.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في جـ.

الحكم في كل شهادة طريقها الاجتهاد، صرح به الماوردي.

وفي النهاية: أن الشاهدين إذا كانا يعتقدان أن ذلك لا يجوز، وأرادا أن يشهدا مطلقًا وينقلا لفظ الراهن[١]: إني جعلت هذا رهنًا بألفين، فهل لهما ذلك؟

قال صاحب التقريب: هذا ينبني على أن القاضي هل يقبل ذلك؟

فإن قلنا: لا يقبله، فلا نظر إلى إطلاقهما.

وإن قلنا: القاضي يقضي بالمطلق من شهادتهما من غير [بحث، ففيه][٢] وجهان، الأصح: أنه لا يجوز الإطلاق.

وقال: وإن[٣] **أعتقه ففيه ثلاثة أقوال:**

أحدها: يعتق أي موسرًا كان أو معسرًا، لقوله ﷺ: «لا عِتْقَ إلا فِيمَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَم»[٤] فأثبت العتق في المملوك، والرهن مملوك للراهن، فوجب أن ينفذ عتقه فيه.

وأيضًا فإنه عتق محبوسة لاستيفاء حق، فوجب أن ينفذ فيها عتق المالك، أصله: العبد المبيع في يد البائع والعبد المستأجر والزوجة.

قال: **والثاني لا يعتق** أي: معسرًا كان أو موسرًا؛ ولأن العتق معنى يبطل به حق الوثيقة، من عين[٥] الرهن مع بقائه؛ فوجب ألا يصح من الراهن بغير إذن المرتهن كالبيع.

قال: **والثالث إن كان معسرًا لم يعتق، وإن كان موسرًا عتق، وأخذت منه**

---

(١) في جـ: الرهن.
(٢) في د: بينة.
(٣) في التنبيه: فإن.
(٤) أخرجه أبو داود (٢/ ٦٤٠) كتاب الطلاق، باب: في الطلاق قبل النكاح، حديث (٢١٩٠)، والترمذي (٢/ ٣٢٦) كتاب الطلاق واللعان، باب: ما جاء لا طلاق قبل النكاح، حديث (١١٩٢)، وابن ماجه (١/ ٦٦٠) كتاب الطلاق، باب: لا طلاق قبل النكاح، حديث (٢٠٤٧)، والطيالسي (١/ ٣١٤ - منحة)، وابن الجارود رقم (٧٤٣)، والطحاوي في مشكل الآثار (١/ ٢٨٠ - ٢٨١)، والبيهقي (٧/ ٣١٨) كتاب الخلع والطلاق، باب: الطلاق قبل النكاح، من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.
وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب.
وقال في العلل الكبير، ص (١٧٣) رقم (٣٠٢): سألت محمدا عن هذا الحديث فقلت: أي حديث في هذا الباب أصح؟
فقال: حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.
(٥) في أ: غير.

القيمة، وجعلت رهنًا مكانه؛ لأنه عتق في ملكه يبطل به حق الغير، فاختلف فيه الموسر والمعسر كالعتق في العبد المشترك بينه وبين غيره، وهذا هو الصحيح والمنصوص عليه في المختصر، والأولان أخذا من نصه في الجامع الصغير، وهو من الكتب القديمة على عدم النفوذ، فيما إذا كان معسرًا، وأن في نفوذه مع اليسار[١] قولين، ومن نصه في الأم على النفوذ إذا كان موسرًا، وعلى قولين فيما إذا كان معسرًا، فانتظم من ذلك ما ذكره الشيخ.

التفريع:

إن قلنا بالنفوذ مطلقًا فعلى الراهن قيمته[٢] يوم الإعتاق، صرح به الأصحاب. وكان يتجه أن يتخرج على الخلاف في وقت النفوذ، وإليه أشار ابن يونس بقوله على الصحيح[٣].

ثم إن كان موسرًا أخذت منه في الحال وجعلت رهنًا مكانه، قاله في المهذب، ولا يفتقر إلى تجديد عقد الرهن، كما صرح به الرافعي وغيره، ويتجه أن يجيء فيه ما سنذكره في بدل الجناية من بعد.

وفي النهاية: أنه لا يتم ذلك ما لم يقصد المعتق التسليم عن جهة الغرم، وأنه جاز في كل مال في الذمة، حتى لو قال قصدت الإيداع عندك، وقع وديعة.

قلت: وكان يتجه أن يجيء فيه الوجه الذي تقدم، فيما إذا دفع الراهن الرهن إلى المرتهن، وقال قصدت الإيداع، وقال المرتهن: بل قصدت الإقباض عن الرهن، أن القول قول المرتهن لقرينة الحال.

ويمكن أن يفرق بينهما بأن العقد ثم على العين قوى القرينة في جانب المرتهن، وفي تعليق القاضي [أبي الطيب:][٤] أن القيمة تجعل رهنًا، إن كان الدين مؤجلاً، وإن

---

(١) في جـ: السيار.

(٢) في جـ: قيمة.

(٣) قوله: التفريع:

إن قلنا بنفوذ إعتاق الراهن مطلقا فعليه قيمته يوم الإعتاق، صرح به الأصحاب، وكان يتجه أن يتخرج على الخلاف في وقت النفوذ، وإليه أشار ابن يونس بقوله: على الصحيح. انتهى كلامه.

وهذا الاحتمال الذي ذكره غير صحيح كما نبه عليه بخطه على حاشية الكتاب، قال: لأن الخلاف في وقت النفوذ إنما هو إذا قلنا بالتفرقة بين الموسر والمعسر، لا بقول النفوذ مطلقا في حالة اليسار والإعسار، هذه عبارته. [أ و].

(٤) سقط في د.

كان حالاً وفي منها الدين، إلا أن يقول الراهن: أقضي من غير هذه القيمة؛ فيكون له ذلك، وإن كان معسرًا انتظر يساره، ثم إذا أيسر كان الحكم كما تقدم.

يفرق فيه بين أن يكون الدين حالا أو على نعت ما قاله أبو الطيب، وكلام الشيخ في المهذب موافق له؛ [فإنه قال: إذا أيسر وقد حل الحق](١) يطالب به، ولا معنى للرهن.

قال الرافعي: ولك أن تقول: كما أن ابتداء الرهن قد يكون بالحال، وقد يكون بالمؤجل؛ فلذلك قد تقتضي المصلحة أخذ القيمة رهنًا، وإن حل الحق إلى أن يتيسر استيفاؤه وبتقدير صحة التفصيل، وجب أن نجري مثله في القيمة التي تؤخذ من الموسر؛ يعني في الابتداء، وهذا(٢) سؤال على ما في المهذب كما ذكرناه من قبل.

وإن قلنا بعدم النفوذ مطلقًا، فالرهن باقٍ بحاله، فلو انفك بالبراءة من الدين فقولان أو وجهان.

أظهرهما: أنه لا يحكم بنفوذه أيضًا.

والثاني: وبه قطع قاطعون: أنه ينفذ؛ لأن المانع قد زال. وإن قلنا بالقول الثالث؛ فالحكم في حال الإعسار كالقول الثاني، وفي حال اليسار حكى الإمام عن العراقيين خلافًا في كيفية نفوذ العتق؛ منهم من يخرج في وقت نفوذه ثلاثة أقوال، كما في عتق الشريك.

أحدها: يتعجل نفوذه، وبعده يتوجه الغرم.

والثاني: أن نفوذ العتق بيع مع غرامة القيمة للمرتهن.

والثالث: أن الأمر موقوف على أداء الدين أو قيمته رهنا مكانه.

وهذا الثالث حكاه ابن الصباغ في كتاب الطهارة عن(٣) أبي إسحاق.

ومنهم من قطع بالنفوذ في الحال، وفرق بأن عتق الراهن صادف ملكه، والعتق الذي يسريه في العبد المشترك ينفذ في ملك الغير، فيجوز أن يتوقف انتقال الملك فيه إلى المعتق على تقدير ملك الشريك على العوض وإنما يستقر الملك على عوض المتلف إذا بدل وتثبت يد المتلف عليه على ذلك العوض، وهذا هو الأظهر في الرافعي.

واختيار الشيخ أبي حامد كما حكاه ابن الصباغ [عنه](٤) في كتاب الطهارة، وقال

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: وهو.
(٣) في جـ: عند.
(٤) سقط في جـ.

إن ما صار إليه أبو إسحاق من زلاته، وأن القاضي أبا الطيب نَصَرَ أبا إسحاق، وقال: هو نص الشافعي، وأجراه مجرى الشريك إذا أعتق،وبهذا الطريق جزم القاضي ابن كج، ومثل الطريقين يجري على ما حكاه الرافعي وغيره، فيما إذا كان الراهن موسرًا، وفرعنا على القول [الأول][١].

وفي هذا نظر؛ لأنه لو كان معسرًا لنفذنا عتقه على هذا القول، فكيف يتوقف مع اليسار؟

قال: وإن كانت جارية فأحبلها[٢] **فعلى الأقوال:** أي في أنها هل تصير أم ولد في الحال، [أم لا][٣] وقد تقدم توجيهها، وكلام الشيخ يقتضي التسوية بين العتق والإحبال، وهي طريقة الشيخ أبي حامد، وغيره جعل الخلاف في الاستيلاد مرتبًا على العتق، ثم اختلفوا، فمنهم من جعل الاستيلاد أولى بعدم النفوذ؛ لأنه [لا][٤] يفيد حقيقة العتق، وإنما يثبت به [حق][٥] العتق، وجعل أبو إسحاق [والأكثرون][٦] الاستيلاد أولى بالنفوذ؛ لأنه فعل، والأفعال أقوى وأشد نفوذًا، ولهذا ينفذ استيلاد المجنون والمحجور عليه، ولا ينفذ إعتاقهما، وينفذ استيلاد المريض من رأس المال، وإعتاقه من الثلث.

التفريع:

إن قلنا: لا تصير أم ولد لم تبع، إلا بعد وضعها وسقيها الولد اللبأ الذي لا يعيش إلا به، واستغنائه بلبن غيرها وقد تقدم في البيع حكاية وجه في جواز بيع الأمة الحامل بالحر، ولا يباع منها إلا بقدر الدين، وإن نقص قيمة الباقي بخلاف ما إذا اتفق ذلك في العبد، وكانت قيمته مائة وهو مرهون [بخمسين][٧] وكان لا يشترى نصفه إلا بأربعين، ويشترى الكل بمائة؛ حيث يباع الكل دفعًا للضرر عن المالك؛ اللهم إلا أن[٨] يوجد من يشتري البعض فيباع الكل للضرورة، وإذا بيع البعض وقبض ثمنه المرتهن انفك الرهن عن الباقي واستقر الاستيلاد[٩] فيه، وإذا ماتت الأمة من الطلق

---

(١) سقط في ج. (٢) في التنبيه: فإن أحبلها. (٣) سقط في د.
(٤) سقط في ج. (٥) سقط في ج. (٦) سقط في د.
(٧) سقط في ج. (٨) في ج: ألا.
(٩) في ج: الإيلاد.

غرم الراهن قيمتها، وعن أبي علي الطبري وغيره أنه لا يجب القيمة؛ لأن إضافة الهلاك إلى الوطء بعيد وإضافته إلى علل وعوارض [تقتضي][(١)] شدة الطلق أقرب.

قال الإمام: ولا خير في هذا الوجه فلا تغتروا به، وعلى المذهب بأي وقت تعتبر القيمة؟ فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: وقت الإحبال.

والثاني: وقت التلف.

والثالث: أكثر ما كانت من وقت الإحبال إلى وقت التلف.

ولو نقصت بسبب الولادة ضمن أرش النقص، ويفعل به ما ذكرناه في قيمة المعتق.

قال: إلا أنها إذا بيعت بعدما أحبلها ثم ملكها، ثبت حكم الاستيلاد وإن بيعت بعدما أعتقها ثم ملكها لم يثبت[(٢)] العتق.

والفرق: أن الإعتاق قول يقتضي العتق في الحال فإذا رد لغي بالكلية، والاستيلاد فعل لا يمكن رده، وإنما منع حكمه لحق الغير، فإذا زال عمل عمله[(٣)]، وهذا هو الصحيح في الطرفين فقد حكي أن الحكم في الاستيلاد يخرج على القولين، فيما إذا أحبل جارية الغير بشبهة ثم ملكها، وإن اختيار المزني منهما: عدم النفوذ، وهذه الطريقة أظهر عند الرافعي، وحكي وجه آخر في نفوذ حكم الرهن.

تنبيه: إذا عرفت من كلام الشيخ أن حكم الاستيلاد ينفذ إذا ملكها بعد البيع، مع أنه ملك جديد على رأي [نفوذه][(٤)]، عرفت [نفوذه][(٥)] من طريق الأولى إذا زال الرهن، والملك باقٍ، وقد جزم بهذا بعضهم، [وبعضهم][(٦)] خرجه على الخلاف أيضًا.

فروع:

لو علق عتق عبده[(٧)] المرهون بفكاكه صح، وإن علقه بصفة أخرى ووجدت قبل

---

(١) سقط في جـ.
(٢) زاد في التنبيه: حكم.
(٣) في جـ: علمه.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ: عبد.

الفكاك يعتقه على الأقوال، وإن وجدت بعد الفكاك فوجهان:

أصحهما: النفوذ، فلو رهن نصف عبده، ثم أعتق النصف الآخر، أو أعتق نصفه مطلقًا عتق ما ليس بمرهون، وهل يسري إلى المرهون إن منعنا عتق الراهن؟ فيه وجهان:

أصحهما: أنه يسري كملك الغير، وعلى هذا يفرق بين الموسر والمعسر، صرح به الإمام عن المحققين، وفي التتمة أنه يسري بكل حال؛ لأنه ملكه.

ولو دبر المرهون جاز ثم ينظر إذا حل الدين، و(١) لم يكن له مال غيره بيع في الدين وإن كان له(٢) مال غيره، وامتنع من بيعه ومن الرجوع في التدبير.

قال في الاستقصاء: قضى الدين من ماله، وبقي على التدبير، وإن مات الراهن قبل الحلول وخلف تركة؛ يخرج المدبر من ثلثها قضى دينه وعتق، وإن لم يخلف سواه واستغرق الدين قيمته بيع فيه، وإن لم يستغرق [قيمته](٣) بيع منه بقدر الدين، ولا يخفى الحكم في باقيه، وقيل: إن التدبير كالعتق، وهذا ما حكاه البندنيجي فيكون فيه قولان، والمنصوص منهما في الأم: أنه يفسخ(٤)، ولو وقف المرهون ففي صحته طريقان:

أحدهما: أنه كالعتق؛ لما فيه من القربة.

وأظهرهما: القطع بالمنع، ويفارق العتق؛ لقوته بالسراية وغيرها.

وقال المتولي: إن قلنا إن الوقف(٥) لا يحتاج إلى القبول فهو كالعتق، وإن قلنا يحتاج إليه فتقطع(٦) بالمنع.

واعلم أن جميع ما منع منه الراهن مفروض فيما إذا صدر من غير إذن المرتهن، أما إذا أذن فيه فلا منع منه، ولا غرم بعده، نعم لكيفية إذنه في البيع صور منها: أن يأذن فيه بعد حلول الدين لأجل الوفاء، أو يطلق فالثمن يتعلق(٧) حق المرتهن [به](٨)، ولا يملك الراهن البيع لأجل الوفاء، إلا بإذن المرتهن أو نائبه أو الحاكم إن تعذر إذنهما، وإذا أذن فلبيعه شرطان متفق عليهما: وهو ألا يبيع بمؤجل، ولا بما

(١) زاد في د: لو.
(٢) في جـ: كله.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: يصح.
(٥) في د: الواقف.
(٦) في د: فينقطع.
(٧) زاد في د: به.
(٨) سقط في د.

يتغابن بمثله إلا بإذن المرتهن، فإن خالف بطل العقد، وثالث مختلف فيه: وهو جواز شرط الخيار ثلاثًا من غير إذن، والأصح أنه يجوز، وعليه ألا يسلم المبيع إلا بعد قبض الثمن، [فإن سلمه قبل قبضه ضمن، صرح به الماوردي][(١)].

فرع: لو كان نصف الدين حالاً والنصف مؤجلاً، فإن باع الكل في عقد واحد اعتبرت الشرائط المذكورة، وإن باعه في عقدين اعتبرت في أحدهما دون الآخر.

ومنها: أن يكون الدين بعد مؤجلاً، فيأذن في البيع ليعجل له، فالإذن فاسد على المنصوص فلا يستفيد[(٢)] به البيع؛ لفساد الشرط.

وعن أبي إسحاق تخريج قول أنه يصح ويجعل الثمن مرهونًا، مما إذا أذن في البيع بشرط أن يجعل الثمن رهنًا، فإن في ذلك قولين سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً.

أصحهما عند المحاملي، والغزالي، والماوردي: فساد الإذن فلا يصح البيع، وهو المنصوص عليه في الأم ومقابله في الإملاء وقد قدح قادحون في تخريج أبي إسحاق، من حيث إن الشرط في هذه المسألة صحيح على قول، فصح الإذن المقابل له بخلاف مسألة التخريج، وبعضهم قدح[(٣)] في صحة النقل.

وقال المعتمد فيما يروي عن أبي إسحاق على ما يوجد في شرحه ولم يوجد هذا في شرحه، كذا حكاه الإمام عن العراقيين ومثل الخلاف في المسألة المخرج منها، يجري فيما لو أذن في الإعتاق، بشرط أن تكون القيمة رهنًا أو في الوطء بهذا الشرط إن اختل.

ولا نزاع في أنه إذا رجع قبل التصرف المأذون فيه صار كما لو لم يأذن، وكذا لو كان أذن في الهبة والرهن والإقباض، ثم رجع قبل الإقباض، ولو رجع بعد البيع في زمن الخيار [و][(٤)]لم يؤثر رجوعه على أصح الوجهين، ولو رجع ولم يعلم الراهن حتى تصرف ففيه خلاف، ولو اختلفا في الإذن بعد التصرف فالقول قول المرتهن مع يمينه، وهل يثبت إذنه برجل وامرأتين؟ فيه وجهان، والقياس: المنع، ولو نكل عن اليمين حلف الراهن، فإن نكل فهل ترد اليمين على العبد إذا كان التصرف عتقًا أو الجارية إن كان قد أحبلها؟ فيه طريقان:

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: يستقل.
(٣) في د: قد خرج.
(٤) سقط في د.

أحدهما وبه قال ابن القطان: فيه قولان كما لو نكل الوارث عن يمين الرد هل يحلف الغرماء؟

والأصح منهما على ما حكاه الإمام عن العراقيين عدم الرد، وأشبه الطريقين وبه قال أبو إسحاق، والقاضي أبو حامد: القطع بالرد.

ولو اختلفا في صفة الإذن فقال: أذنت بشرط أن يكون الثمن رهنًا، وقال الراهن: بل أذنت مطلقًا.

قال الرافعي: القول قول المرتهن مع يمينه، ثم إن كان الاختلاف قبل البيع امتنع، وإلا فإن صححنا الإذن فعلى الراهن رهن الثمن، وإن أفسدنا الإذن فإن صدق المشترى المرتهن، فالبيع مردود والرهن باقٍ وإن كذبه مع اعترافه بأصل الرهن فعليه رد المبيع وإن أنكر[1] الرهن حلف، [وتم البيع][2] وعلى الراهن أن يرهن قيمته.

قلت: وكان يتجه على القول بفساد الإذن، أن يكون القول قول الراهن على قول بناء على ما إذا اختلفا في شرط يفسد العقد؛ لأنهما اختلفا في شرط يفسد الإذن، وقد حكاه الإمام عن بعض أصحابنا، لكنه جعل مادته أن أصل الإذن متفق عليه والمرتهن يدعي ضم زيادة إلى الإذن والأصل عدمها، وهذا يطرد على قول صحة الشرط ومقابله، وما أبديته خاص بقول الفساد.

ولو اتفقا على الإذن وعلى صورة الرجوع فيه، واختلفا هل حصل التصرف قبل الرجوع أو بعده؟ فالقول قول المرتهن على الصحيح.

وقيل: قول الراهن لقوة جانبه بالإذن الذي سلمه المرتهن.

وفي التهذيب: أن الراهن إن قال أولاً[3]: تصرفت بإذنك، ثم قال المرتهن: كنت رجعت قبله فالقول قول الراهن مع يمينه، [وإن قال المرتهن: رجعت، فقال الراهن: كنت تصرفت قبله فالقول قول المرتهن مع يمينه][4]، ولو أنكر الراهن أصل الرجوع فالقول قوله مع يمينه، وعلى الصحيح إذا تعذر رد الرهن، كان على الراهن غرم قيمته يكون رهنًا مكانه أو قصاصاً.

فرع:[5] لو أذن المرتهن للراهن في الوطء، وأتت الأمة بولد، وادعى الراهن أنه

(١) زاد في جـ: أصل.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: لولا.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: فروع.

من الوطء المأذون فيه، وأنكر المرتهن صدور الوطء، فثلاثة أوجه:

أحدها: أن [يكون][(١)] القول قول الراهن؛ لأنه مأذون له في أمر يقدر على إنشائه، فيقبل منه الإقرار به.

والثاني: القول قول المرتهن؛ [لأن الأصل عدم الوطء، فصار][(٢)] كما لو علق طلاق زوجته على زناها، فادعته فإنه لا يقع الطلاق على المذهب، وفرق القائل الأول بأن الراهن سلط على التصرف بالوطء، فقبل إقراره [في][(٣)] زمن تسليطه، وهذا المعنى لا يتحقق في تعليق الطلاق، وإن كان بدخول الدار، فإنه ليس فيه تسليط على أمر وتولية في شيء.

والثالث: إن كان الراهن ابتدأ بدعوى الوطء فالقول قوله، وإن كان المرتهن ابتدأ بدعوى عدم الوطء فالقول قوله، وهذا ما اختاره القاضي الحسين، وهو ضعيف عند الإمام.

ولا خلاف في أن المرتهن إذا اعترف بالوطء، وأن الولد منها، وأنكر أن يكون من وطء السيد في نفوذ الاستيلاد.

قال: وإن جنى - أي: المرهون - عمدًا يوجب القصاص؛ اقتص منه؛ لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ﴾ [المائدة: ٤٥] إلى آخرها، ولأن القصاص موضوع للانتقام والردع وحراسة النفوس، قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩] وذلك يستوي فيه المرهون وغيره، ولا فرق في ذلك بين أن تكون الجناية على أجنبي، أو على المالك الراهن في نفس أو طرف؛ لأن المالك إلى الانتقام من عبده أحوج من غيره؛ لأن العبد يحصل في نفسه على سيده حقد في استخدامه وتأديبه.

لكن هل للسيد أن يستوفي منه القصاص بنفسه إذا استحقه أو السلطان يستوفيه له؟ فيه وجهان في الحاوي.

قال: وإن جنى خطأ، أي على أجنبي، أو عمدًا وعفا عنه على مال، أو أطلق العفو، وقلنا: مطلقه يقتضي المال قال: بيع في الجناية أي: بجملته إن كان أرشها يستغرق

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ.

قيمته، أو بقدره إن نقص عنها وأمكن لأن حق المجني عليه يقدم على حق المالك؛ فلأن يقدم على حق المستوثق كان أولى، ولا يبطل حق المرتهن بالجناية، بل بالبيع فيها حتى لو عفا مستحق الأرش عنه؛ بقي حق المرتهن بحاله، ثم هذا إذا كانت الجناية بغير إذن السيد، ولم يختر السيد ولا المرتهن الفداء.

فلو كانت بإذن السيد؛ نظر: إن كان العبد يعتقد وجوب طاعة السيد في ذلك كالأعجمي، فالجاني هو السيد وعليه القصاص أو الضمان، لكن هل يتعلق الأرش برقبته؟ فيه وجهان منقولان في الرافعي وغيره.

وأظهرهما: المنع، وعلى مقابله إذا بيع في الجناية، فعلى السيد أن يغرم قيمته؛ ليكون رهنًا مكانه، ومقتضى هذا الإطلاق أنا على قول التعلُّق بيع العبد، موسرًا، كان السيد أو معسرًا.

وفي الشامل وغيره من كتب العراقيين بعد حكاية، أن العبد لا يتعلق به شيء، أن من أصحابنا من قال: يباع العبد في الجناية، إذا كان السيد معسرًا لا مال له غيره، فإن لم يكن الإطلاق محمولاً على هذا؛ كان ذلك وجهًا ثالثًا، وإن كان يعرف أن طاعة السيد في ذلك لا تجوز، فهو كما لو لم يأذن له السيد. ويستوي في ذلك البائع[1] وغيره، ولو اختار الراهن أو المرتهن الفداء امتنع البيع، وبكم يفدي؟ فيه قولان:

أحدهما: أقل الأمرين من أرش الجناية وقيمته.

والثاني: أرش الجناية.

إما إذا جنى على السيد، أو من يتعلق به فينظر: إن جنى على طرف السيد فلا أرش له، وإن كان عمدًا وعفا على مال؛ لأن السيد لا يثبت له على عبده مال، ويبقى الرهن كما كان.

وحكى المحاملي، [والبندنيجي][2]، والشيخ في المهذب عن ابن سريج رواية قول أنه يثبت له الأرش، ويتوسل ببيعه إلى فك الرهن، وغيرهم حكاه وجهًا عن ابن سريج.

وإن جنى على نفس السيد؛ ففي ثبوت الأرش، إذا كانت الجناية خطأ أو عمدًا[3]،

---

(١) في د: البالغ.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: عمد خطأ.

وقد عفا الوارث على مال، قولان، حكاهما المحاملي وغيره عن نصه في الأم.

وأصحهما في تعليق أبي الطيب وغيره: أنه لا يثبت، وقد بنى أبو علي بن أبي هريرة والشيخ أبو حامد، وتابعهما الماوردي - القولين على أن الدية تثبت للوارث ابتداء أم تلقيا، فإن قلنا بالأول ثبت المال؛ لاستفادته من جنايته على الغير.

قال الماوردي: وعلى هذا يباع العبد وينضاف ثمنه إلى التركة؛ ليقضي منها ديون السيد الراهن، وتنفذ منه وصاياه، ويكون المرتهن [في ثمنه][1]، وجميع الغرماء أسوة، كما يكونون في جميع التركة أسوة، وإن قلنا بالثاني؛ لم يثبت؛ [لأنه لم يثبت][2] للقتيل حتى يتلقى عنه.

وحكى الفوراني عن القفال أنه قال في كرة: هذا البناء وأنا إذا قلنا: إن الدية تثبت للوارث ابتداء؛ انبنى على ما لو جنى عليه عبده، ثم ملكه هل يستدام الأرش عليه إلى أن يعتق أو يسقط؟ وفيه خلاف سنذكره، وأنه قال في كرة أخرى: لا يثبت له الأرش؛ إذ لو ثبت بعد موت المورث [فهو][3] عقيب موته يدخل في ملكه، وهذا ما اختاره القاضي الحسين، وجزم به، وحكى ابن الصباغ عن الأصحاب أن خلافه ليس بصحيح، وعلى ذلك جرى الغزالي في البسيط، وزاد فادعى نفي الخلاف [فيه][4]، وأنه لم يخرج على أن الدية تثبت للوارث ابتداء أم[5] تلقيا.

ووجهه بأمر آخر: وهو أنا، وإن قلنا: إن الدية تثبت للوارث ابتداء، فلا بد من إمكان الملك للمورث ولا إمكان هاهنا.

ولو جنى على ابن السيد أو أبيه أو مكاتبه نظر:

إن كان على طرفه؛ فلكل منهم الأرش والعفو على مال، إذا كانت الجناية عمدًا، فلو مات القريب أو عجز المكاتب قبل الاستيفاء، وانتقل حقه إلى السيد الراهن؛ كان له بيعه في حقه كما كان للمورث، ويحتمل في الاستدامة ما لا يحتمل في الابتداء.

وحكى الإمام مع هذا وجهًا آخر وصححه موافقًا فيه الصيدلاني: أنه لما انتقل إليه سقط حقه، ولا يجوز أن يثبت له عند استدامة الدين، كما لا يجوز أن يثبت له ابتداء،

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ج: أمر.

وشبه الخلاف بالخلاف فيما إذا ثبت له عند غيره مال، ثم ملكه، هل يسقط أو يبقى حتى يبيعه به بعد العتق؟

والأقيس في تعليق القاضي الحسين السقوط، وهو الصحيح في شرح فروع ابن الحداد [في باب الحوالة، وفي الرافعي في الفصل الخامس في تزويج العبيد أن الصحيح: أنه لا يسقط، وكلام ابن الصباغ في الحوالة يرشد إليه][(١)].

قال الإمام: وهذا ما اشتملت عليه الطرق - يعني: التشبيه - واتفق عليه الأصحاب، وكأنهم تواصوا فيه، وهو في نهاية الإشكال من جهة أن الملك في العبد مستدام، والإرث إن أثبت له ملكًا أثبته جديدًا [على مملوكه][(٢)] فكيف يكون الاستحقاق الطارئ[(٣)] على الملك بمثابة الملك الطارئ على الاستحقاق؟

ثم أجاب بأن الدَّين إذا ثبت لغيره، فنقله إليه بالإرث إدامة لما كان، كما أن إبقاء الدين الذي كان له على عبد الغير[(٤)] بعدما ملكه إدامة لما كان؛ فانتظم التشبيه من هذا الوجه.

ولهذا المعنى أشار الغزالي بقوله: والإرث دوام.

[هذا إن كانت جناية العبد على طرف ابن السيد، أو أبيه، أو مكاتبه، أما إن كانت][(٥)] على نفسه ففي الحاوي حكاية عن النص في الأم: أن له أن يعفو على الدية.

وفي الرافعي بناء ذلك على أن الدية تثبت للوارث ابتداء أم تلقيا؟ فعلى الأول: لا يثبت على المذهب.

وعلى الثاني: يكون على الوجهين في قطع الطرف.

ولو جنى على عبد آخر للمرتهن [نظر: إن][(٦)] لم يكن مرهونًا[(٧)]؛ فالحكم كما لو جنى على السيد والحكم في القن والمدبر وأم الولد سواء. وإن[(٨)] كان مرهونًا نظر: فإن كان عند أجنبي؛ فللراهن القصاص إن كان عمدًا، والعفو على مال لحق[(٩)]

(١) سقط في د.
(٢) سقط في ج.
(٣) في د: والطارئ.
(٤) في د: للغير.
(٥) بدل ما بين المعقوفين في د: وإن كان.
(٦) في د: إذا.
(٧) قوله: ولو جنى على عبد آخر للمرتهن؛ نظر: إن لم يكن مرهونا... إلى آخره. وتعبيره بـ «المرتهن» سهو، وصوابه: الراهن. [أ و].
(٨) في د: فإن.
(٩) في د: بحق.

المرتهن ويتعلق برقبته، وكذا لو كانت خطأ.

ولو عفا [بغير مال [وكانت الجناية عمْدًا:][(١)]

فإن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين [، أي: القصاص أو الأرش؛][(٢)] وجب المال، ولم يصح عفوه عنه إلا برضا المرتهن.

وإن قلنا: موجبه القود عينًا، فإن قلنا: إن مطلق العفو لا يوجب المال، صح العفو، ولم يجب المال.

وإن قلنا: يوجبه [فوجهان:

أصحهما: أنه لا يثبت؛ لأن القتل لم يوجبه، وإنما يجب بعفوه المطلق أو بعفوه على مال، وذلك نوع اكتساب، وليس عليه اكتساب للمرتهن.

وإن عفا مطلقًا، فإن قلنا: مطلق العفو يوجب المال، ثبت إما على الجديد أو على القديم.

وإن قلنا: لا يوجبه صح العفو، بناء على القديم، وبطل رهن مرتهن القتيل، وبقي القاتل رهنًا كما كان.

ولو امتنع من القصاص والعفو في الحال، ففي الإجبار عليه طريقان[(٣)]:

أحدهما: يجبر؛ لكون[(٤)] المرتهن على ثبت من أمره.

والثاني: إن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين أجبر، وإن قلنا: موجبه القود، فلا، وهذه الأبحاث بعينها تجري فيما لو جنى على العبد المرهون أجنبي عمدًا.

ثم مهما وجب المال في مسألتنا، وكان أكثر من قيمة القاتل أو مثلها، فوجهان:

أحدهما: أن القاتل يصير مرهونًا عند مرتهن المقتول.

وأظهرهما، وهو اختيار القاضي الحسين: بأنه يباع ويجعل الثمن رهنًا عنده؛ لأن حقه في مالية العبد لا في العين، وقد يرغب راغب بزيادة، فيتوثق المرتهن للقاتل بتلك الزيادة، وقد وافق الماوردي على تصحيحه، إلا أن يقطع بنفي الزيادة، وإن كان أقل فعلى الأول: ينتقل إليه من القاتل بقدر الواجب، وعلى الثاني: يباع منه بقدره إلا أن يتعذر بيع البعض، أو ينقص قيمة الباقي، فيباع الكل، ويكون الفاضل مرهونًا عند

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: وجهان.
(٤) في د: ليكون.

مرتهن القاتل، وهذا ما حكاه الماوردي وابن الصباغ والمحاملي مع حكايتهم الوجهين في الصورتين المتقدمتين.

والوجهان محلهما إذا طلب الراهن نقل الوثيقة إلى القاتل، والمرتهن بيع القاتل.

أما إذا انعكس الحال، فالمجاب الراهن.

ولو اتفقا على أحد الطريقين، فليس لمرتهن[1] القاتل المناقشة وطلب البيع.

قال الرافعي: وقضية التوجيه الثاني لأظهر الوجهين، أن له ذلك، وإن كان القاتل مرهونًا عند مرتهن المقتول، فإن كان بذلك الدين فلا مستدرك، وإن كان بدين آخر نظر [فإن استويا في الحلول والتأجيل، والجنس، والاستقرار أو عدمه، والقدر، واستوت قيمة العبدين كانت الجناية هدرًا؛ إذ لا فائدة في نقل الوثيقة.

وإن اختلفا في الحلول والتأجيل، أو قدره، فله أن يتوثق بالقاتل في الدين الذي كان المقتول مرهونًا به، وألحق الغزالي اختلاف الجنس بالاختلاف في الحلول والتأجيل، وهو الراجح، والنص بخلافه، وبه قال عامة الأصحاب.

والاختلاف في الاستقرار [لا غير][2] ينظر فيه:

إن كان المستقر ما رهن به القاتل، فلا معنى للنقل.

وإن كان ما رهن به المقتول، ففي الشامل حكاية وجهين عن رواية أبي إسحاق.

وإن اختلفا في القدر لا غير نظر: فإن كان المقتول مرهونًا بأكثرهما، فللمرتهن حق نقل الوثيقة، وإن كان بأقلهما، فالجناية هدر.

وإن اختلفت قيمة العبدين لا غير، فإن كانت قيمة المقتول أكثر، فالجناية هدر، وإن كانت أقل، نقل القدر الزائد، وبقي الباقي رهنا بما كان.

وحيث قلنا بنقل الوثيقة، فيقام ثمنه مقام القتيل، إذ عينه فيه الوجهان السابقان، وإن قلنا لا ينقل الوثيقة فلو قال المرتهن: إنى لا آمنه، وقد جنى فبيعوه، وضعوا ثمنه مكانه فهل يجاب إليه؟

روى الإمام فيه وجهين.

قال: **وإن أقر عليه**[3] **السيد**[4] **بجناية الخطأ** أي: منسوبة إلى ما قبل الرهن،

---

(١) في جـ: المرتهن.
(٢) سقط في د.
(٣) زاد في د: أي.
(٤) في التنبيه: فإن أقر عليه.

وصدقه المقر له وكذبه المرتهن، قال: قبل في أحد القولين؛ لأنه أقر في ملكه بما لا تهمة تلحقه، فنفذ كما في غير المرهون؛ ولأن الرهن يوجب حجرًا لحق الغير؛ فلا يمنع من نفوذ الإقرار في العين كالمريض إذا أقر بجناية في رقبة عبده، قال: [ولا يقبل في] (١) **الآخر**؛ لأنه محجور عليه في التصرف فيه فلا ينفذ إقراره فيه كالسفيه، وهذا هو الصحيح، واختاره المزني.

قال ابن الصباغ: وما قاله الأول من عدم التهمة فغير مسلم؛ لأن التهمة تلحقه في إبطال الرهن، ومواطأة المقر له، فلم يقبل قوله، كما لو باع ثم أقر بأنه كان مغصوبًا أو جانيًا، ويجري الخلاف فيما لو أقر بأنه رهنه وأقبضه كما حكاه البندنيجي، أو أعتق العبد أو غصبه أو اشتراه شراء فاسدًا، أو باعه قبل الرهن.

[وفي تعليق أبي الطيب في باب التفليس حكاية قولين، فيما إذا أقر المفلس بعد الحجر بدين قبل الحجر، كان في مشاركة المقر له للغرماء قولان: أصحهما: المشاركة، ثم قال: وهما بعينهما جاريان فيما لو رهن شيئًا ثم أقر بأنه ملك غيره، وهذا يقتضي أن الصحيح فيها قبول الإقرار] (٢).

وقال ابن الصباغ [فيما نحن فيه: كان] (٣) ينبغي أن يكون لنا قول آخر، أنه إن كان معسرًا لم ينفذ إقراره [بالعتق] (٤)، وإن كان موسرًا نفذ، ويجري مجرى الإعتاق، وهذا قد أبداه غيره قولاً، ونقله الإمام في الصور كلها، وجعلها ثلاثة أقوال وأن (٥) على الثالث يلزمه أن يغرم قيمة المرهون؛ لتوضع رهنًا، فإنه تسبب بقوله إلى بطلانه.

وحكي (٦) أن بعض الأصحاب أجرى الخلاف فيما لو باع ثم أقر بما يبطله، وأن شيخه رمز إليه ويعضده أن الرافعي حكى أيضًا في أواخر التحالف أن المشتري إذا رد المبيع بعيب، ثم قال بعد ذلك: كنت أعتقته يرد الفسخ ويحكم بالعتق، ومع هذا فقد قال الإمام: إنه هفوة ولا (٧) يعتد به؛ فإنه أقر بما هو خارج عن ملكه بخلاف إقرار الراهن، ثم قال: وقد يعترض للناظر أن الراهن إذا أقر بكونه غاصبًا (٨)، فليس إقراره في محل ملكه على زعمه، وفيه الأقوال.

---

(١) في التنبيه: دون.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في د: وعلى.
(٦) في جـ: وعلى.
(٧) في د: لا.
(٨) في د: عاصيا.

ويجري الخلاف فيما لو أقر باستيلاد سابق على الرهن، وفيما لو أتت الجارية بولد فأقر أنه [منه](١) من وطء قبل الرهن، ولم يقر بأنها علقت ولم يكن ثَمَّ بينة على الوطء، وحكى الإمام في هذه الصورة وجهًا فارقًا بين أن تأتي بالولد لستة أشهر، فما دونها من وقت الإقباض، وبين أن تأتي به لأكثر من ذلك، وإن كانت ثَمّ بينة على الوطء. حكم بالاستيلاد إذا أقامها أو أقامتها الأمة، ولا نظر إلى أن إقامة البينة على الوطء لا يلزم منها الشهادة بالعلوق؛ لأن العلوق عيب فلا شيء يدار عليه الحكم إلا الوطء، وكذلك(٢) إذا اعترف بوطء مملوكته لحقه الولد في زمن الإمكان، وإن لم يكن منه إقرار بالعلوق.

واعلم أن الخلاف في قبول الإقرار بالعتق والاستيلاد مفرع على القول بأن عتقه واستيلاده نافذ، إذا صدر في حالة الرهن، من حيث إنه قادر عليه حسًا وممنوع منه شرعًا، كما جرى الخلاف في قبول إقرار السفيه بالإتلاف كذلك، أما إذا قلنا عتقه واستيلاده لا ينفذ فلا يقبل إقراره وجهًا واحدًا، أشار إلى ذلك الإمام.

التفريع:

إن قلنا بالأول فهل يحلف الراهن؟ فيه قولان في الحاوي، ووجهان في الشامل، وجه عدم التحليف وهو اختيار القاضي أبي الطيب، أنه لو رجع عن إقراره لم يقبل رجوعه، ومقابله، هو اختيار الشيخ أبي حامد، وعلى الوجهين إذا حلف حكمنا ببطلان الرهن على الصحيح من المذهب، في أن رهن العبد الجاني جناية خطأً لا يجوز حتى لو فداه السيد، أو بيع في الجناية، وفضل من قيمته شيء لا يتعلق به [حق](٣) المرتهن.

وفي الحاوي وغيره حكاية قول آخر معزي إلى الإمام، أن على المذهب حق المرتهن يتعين فيما فضل، وفي العبد إذا فداه السيد.

وإذا نكل الراهن عن اليمين، فهل ترد على المجني عليه أو على المرتهن؟ فيه وجهان في الحاوي، والمشهور منهما فيه جزم أكثرهم أنها ترد على المرتهن، فإن رددناها على المجني عليه فحلف، [فكان كحلف الراهن فإن نكل بقي الرهن، وإن رددناها على المرتهن فحلف](٤) استمر الرهن.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: ولذلك.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في د.

وحكى الرافعي وغيره أن فائدة حلفه على قول حكاه الصيدلاني وغيره: أن يغرم الراهن قيمته ليكون رهنًا مكانه ويباع العبد في الجناية بإقرار الراهن.

وعلى الأول وهو الصحيح: هل يستحق المجني عليه على الراهن أرش الجناية؟ فيه قولان، وإن نكل فهل ترد على المجنى عليه؟ فيه وجهان، وعلى القول الثاني: يحلف المرتهن على نفي العلم بالجناية، وإذا حلف استمر الرهن.

وهل يغرم الراهن للمجني عليه شيئًا؟ فيه قولان، أصحهما وهو اختيار المزني: نعم.

وإن نكل عن اليمين، فهل ترد على المجني عليه، أو على الراهن؟ فيه قولان، أصحهما في الشامل: الأول؛ فإن رددناها على المجني علي، فنكل فلا شيء له على الراهن؛ لأنه قادر على حقه بيمينه.

لكن العبد إذا عاد إليه تعلق حقه برقبته.

وهل يحلف الراهن؟ فيه وجهان: وإن رددناها على الراهن، وحلف بيع العبد في الجناية.

وإن نكل فهل ترد على المجني عليه؟ فيه وجهان مخرجان من غرماء المفلس، فإن لم يردها عليه ففي تغريم الراهن شيئًا للمجني عليه، فيه القولان.

وفي قدر ذلك المغروم طريقان:

أحدهما: حكاية القولين في فداء العبد الجاني.

والثاني: القطع بأنه لا يغرم إلا أقل الأمرين، كما في أم الولد، وهذا ما قال [به][(١)] الأكثرون.

أما إذا أقر عليه بجناية صدرت بعد لزوم الرهن قال الرافعي: فالقول قول المرتهن، ولا غرم عليه، وحكى ابن كج وجهًا آخر: أنه يقبل.

وفي الجيلي إجراء ما ذكرناه من القولين في هذه الصورة أيضًا [وسيأتي في باب الفلس، حكاية طريقة مثل هذه فيما إذا أقر المفلس بدين][(٢)] وقد أبدى القاضي الحسين في تعليقه في هذه الصورة احتمالين:

---

(١) سقط في جـ.

(٢) سقط في د.

أحدهما: إلحاقها بالصورة الأولى.

والثاني: أنه يقبل في الحال؛ لأن الجناية تقدم على الرهن.

ورأيت في كلام الإمام ما يقتضي أن يكون الخلاف في هذه الصورة مرتبًا على الخلاف في الصورة السابقة، فإن قبلناه ثَمَّ، فهاهنا أولى وإن لم نقبله ثَمَّ، فهاهنا وجهان، فإنه قال بعد ما حكيناه من التفريع في الصورة الأولى، وهذا كله إذا قلنا: إن رهن العبد الجاني لا يصح، أما إذا قلنا: إن رهنه صحيح فقد تردد الأئمة في ذلك؛ بناءً على أنه لا يقبل إقراره في الصورة الأولى، فقال بعضهم: إقراره مقبول بتقدم الجناية، وإنه لا منافاة بين تصحيح إقراره بتقدم الجناية وبين الرهن، وهو مطلق أقر بأمر ممكن في ماله وليس كما إذا فرعنا على أن رهن الجاني مردود فإنه إذا رهن واقتص[1] ثم أقر، فإقراره يتضمن مناقضة ما قدمه من عقده وإقباضه فلم يقبل منه، وذهب بعضهم إلى رد إقراره هذا أيضًا؛ فإن قبول إقراره يتضمن نقض يد المرتهن، والرهن إذا انبرم بالقبض فمقتضاه[2] لزوم حق المرتهن، فإذا أتى بما يناقض[3] قوله ومضمون فعله رد. انتهى.

وما ذكره دليل على ما قدمناه للمشاركة في المعنى المذكور، وإذا كذب المقر له المقر فيما أقر به، بقي الرهن بحاله بلا خلاف.

فرع: لو أقر بجناية ينقص[4] أرشها عن قيمة العبد ومبلغ الدين فالقول في مقدار الأرش على الخلاف السابق، ولا يقبل فيما زاد على ذلك لظهور التهمة.

وقيل: يطرد الخلاف فيه.

واعلم أن الشيخ احترز بقوله: وإن أقر عليه بجناية الخطأ؛ عما إذا أقر عليه بجناية العمد، فإنه لا يقبل وجهًا واحدًا، نعم إقرار العبد بها مقبول مع تكذيب السيد وإن أضر به لنفي التهمة، واستحق القصاص أن يعفو على مال، ويثبت في رقبة العبد يباع فيه، ويقدم على حق المرتهن إلا أن يفدى كما تقدم.

وفي تعليق القاضي الحسين: إن عفو ولي الدم ينبني على أن موجب العمد القود، والدية أحدهما لا بعينه أو القود عينًا.

---

(١) في جـ: وأقبض.
(٢) في د: معناه.
(٣) في جـ: يناقضه.
(٤) في جـ: ينقصها.

فإن قلنا بالأول ففيه خلاف مرتب على ما إذا أقر بسرقة مال، وأولى بأن ينفذ الصلح من حيث إنه في السرقة أقر بشيئين: القطع والمال، فلم يقبل في المال في الحال لحق المولى، وفي مسألتنا الإقرار بأحد الأمرين لا بعينه، ولم يكن في علمه أنه يأخذ المال دون القصاص، فكان أبعد عن التهمة.

وإن قلنا بالثاني انبنى على أن مطلق العفو على هذا، هل يقتضي المال؟

فإن قلنا: يقتضيه صح وتعلق برقبته، وإن قلنا لا يقتضيه، فهو مرتب على قولنا: الواجب أحد الأمرين وأولى بالثبوت.

والفرق أن أصل القتل ما أوجب المال.

قال: وإن جنى عليه تعلق حق المرتهن بالأرش أي: إذا ثبت إما في صورة الخطأ، أو عمد الخطأ، وقتل من لا يكافئه، أو عند وجوب القصاص، وعفا السيد عفوًا يوجب المال، كما قدمناه، ووجهه: أن الأرش بدل عن الفائت، فقام مقامه في تعلق الحق به، والقابض لذلك من كان الرهن تحت يده.

قال الماوردي: وليس للراهن قبضه، وهل يحتاج إلى استئناف رهن فيه؟ ظاهر كلام الأصحاب أنه لا يحتاج.

وفي الرافعي في كتاب الوقف حكاية خلاف فيه، وعلى الأول هل يوصف قبل الأخذ بأنه مرهون؟ فيه خلاف فمن منع قال: لأنه دين والدين لا يرهن، ومن جوز هذا الإطلاق قال: هو مال.

قلت: ويشبه أن تكون مادة الخلاف في أن رهن الدين ابتداء هل يجوز؟ ويجوز أن يكون هذا بناء على المذهب في منع رهن الدين، ويغتفر في الاستصحاب ما لا يغتفر في الابتداء ولا فرق في الجناية بين أن تذهب قيمة المرهون أو تنقصها، فلو أذهبت حرًّا ولم تنقص من القيمة شيء، كما إذا قطع ذكر العبد، ففي الحاوي أن القيمة الواجبة بهذه الجناية تختص بالراهن ولا يتعلق بها حق المرتهن كالنماء.

فروع:

أحدها: لو ضرب الجارية المرهونة [ضارب](١)، فألقت جنينًا ميتًا فعلى الضارب

(١) سقط في د.

عشر قيمة الأم؛ لأنه يكون مرهونًا؛ لأنه بدل الولد، فإن دخلها نقص لم يجب بسببه شيء آخر ولكن قدر أرش النقصان من العشر يكون مرهونًا، قاله الرافعي، وكلام صاحب الاستقصاء والقاضي [أبي الطيب][(١)] يفهم أنه لا يكون شيء منه مرهونًا في هذه الحالة أيضًا وقد حكاه الإمام عن العراقيين صريحًا، قبيل باب الرهن والحميل: فيما إذا نقصت نقصانًا عائدًا إلى صفتها زائدًا على مزايلة الولد، وأنهم وجهوا ذلك بأن الولد ليس مرهونًا ونقصانها يندرج تحت بدل الجنين، وصير نقصانها بمثابة نقصان بآفة سماوية ثم قال: وهذا حسن لطيف.

الثاني: لو ألقته حيًّا ومات ففيما على الجاني؟ قولان:

أصحهما: قيمة الجنين حيًّا وأرش نقص الأم إن نقصت، ويتعلق حق المرتهن بالأرش.

والثاني: أكثر الأمرين من [أرش النقص][(٢)] أو قيمة الجنين.

فعلى هذا إن كان الأكثر قيمة الجنين فقدر الأرش من المأخوذ حق المرتهن متعلق به، وإن كان الأكثر الأرش، كان حق المرتهن يتعلق بجميعه [حتى لو عفا الراهن عن الأرش لا يصح وفيه قول: أن العفو موقوف ويؤخذ المال في الحال فإن انفك الرهن بغيره فك رد الجانى، وبان صحة العفو ولا تأتي بطلانه][(٣)].

كذا حكى الرافعي، [وقول وقف العفو هو الذي حكاه البندنيجي][(٤)].

وفي الاستقصاء وتعليق القاضي أبي الطيب حكاية القولين [في الأصل][(٥)]، على غير هذا الوجه.

أحدهما: أن الواجب قيمة الولد، ولا يجب أرش النقص؛ لأنه يدخل فيه، ولا يتعلق حق المرتهن بذلك.

والثاني: يجب أكثر الأمرين من قيمة الولد حيًّا، وما نقص من قيمة الأم، فإن كانت قيمته حيًّا أكثر وجبت للراهن، ولا يتعلق بها حق المرتهن، ويصح عفوه عنه، وإن كان ما نقص أكثر كان رهنًا.

قال الإمام: والوجه أن يتخرج ذلك على أن الحمل الموجود يوم الرهن هل يدخل

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: نقص الأرش.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.

تحت الرهن؟ فإن قلنا: إنه داخل؛ فيجب أن يكون المأخوذ من الجاني رهنًا كيف كان، وإن قلنا: لا يدخل فإن أوجبنا قيمة الجنين لم يكن رهنًا، وإن أوجبنا نقصان الولادة، فالمسألة محتملة.

والأصح عندي: أنه لا يكون رهنا.

وقد ظهر لك من مجموع ما حكيناه أن في المسألة خارجًا عما أبداه الإمام من عند نفسه أربعة أقوال [لكن في حال تظهر لك من بعد،](١).

فإن قال قائل(٢) ليس في المسألة إلا قولان، وما ذكرته من الاختلاف(٣) محمول على حالين يرشد إليهما كلام الإمام، فإنه حكى عن العراقيين القولين اللذين حكيناهما عن رواية أبي الطيب، ثم قال: والذي يجب الاعتناء به فهم صورة المسألة فإذا كانت وهي ماخض تساوي مائة، وإذا ولدت صارت تساوي تسعين، ولم يظهر فيها نقص إلا أن الولد زايلها، فنقصت لذلك لا لعيب أحدثته الولادة، ثم انفصل الولد حيًّا وعليه أثر الجناية فمات، فالذي حكاه أبو الطيب وغيره محمول على هذه الصورة، والذي حكاه الرافعي محمول على ما إذا نقصت نقصانًا زائدًا على مزايلة الولد.

قلت: كلام الإمام في الفرع قبله حكاية عن العراقيين يأبى تصوير العراقيين هذه المسألة بما ذكره، [بل يقتضي التصوير بما حملت عليه كلام الرافعي](٤)، فإنه حكى عنهم أن نقصانها [الزائد عن مزايلة الولد يندرج تحت بدل الجنين، ويصير نقصانها بمثابة نقصان](٥) بآفة سماوية، وإذا كان هذا مقتضى مذهبهم انتظم لك فيما إذا كان النقصان زائدًا على مزايلة الولد الأقوال الأربعة، والله أعلم.

ثم من مقتضى ما ذكره الإمام أن يجب في هذه الصورة على الجاني قيمة الولد، ونقصان الولادة؛ لأنه علل عدم الجمع بين الأرش وما نقص فيما حمل عليه صورة مسألة القولين بأنه يؤدي إلى تضعيف الغرامة، وهاهنا لا تضعيف بل المقابل متعدد.

[وهو الذي حكاه الرافعي قولاً أولا](٦).

وحكم الحيوان إذا ضرب فألقى الجنين حيًّا ثم مات، حكم الأمة فيما ذكرناه،

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: قيل.
(٣) في جـ: ذكره من الخلاف.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.

صرح بذلك الإمام، ولم يفرض الخلاف المذكور إلا فيه.

الثالث: لو أبرأ المرتهن الجاني لم يبرأ،وهل يسقط حقه من الوثيقة؟ فيه وجهان، أصحهما: لا، والمذكور في الحاوي مقابله.

واعلم أن حق المخاصمة في الجناية على المرهون للراهن؛ لأنه المالك وللمرتهن حضور ذلك؛ لتعلق حقه بالبدل، وكذا حق المخاصمة في العين المستأجرة إذا غصبت، وفي الوديعة والمستعار [للمالك][١]، فلو امتنع الراهن من المخاصمة فهل للمرتهن المخاصمة؟ فيه قولان:

قال في التهذيب: أصحهما عند الأصحاب، وبه قال القفال: أنه لا يخاصم [وهو ما جعله في البحر في الإجارة أصلاً، وقاس عليه كلام الإمام في آخر باب التحالف يقتضي أن له المخاصمة، ولم يمتنع الراهن من المخاصمة، فإنه قال: إذا أتلف الأجنبي العين المرهونة، توجهت عليه الطلبة من الراهن لحق الملك، وتوجهت عليه الطلبة من المرتهن لحق الوثيقة، وهذا متفق عليه][٢].

وقد أجري هذا الخلاف في أن المستأجر هل يخاصم أم لا؟ والمحكي عن النص في المستأجر أنه لا يخاصم إذا امتنع الآخر، [كما حكاه في البحر وغيره][٣].

ورأى الإمام وطائفة المخاصمة له أقرب إلى القياس.

وقال في البحر: إنه الأصح عندي؛ لأن المنفعة له، ومراد الشافعي أنه لا يخاصم في الرقبة، ورأيته عن القفال، وقال الزبيلي في أدب القضاء [له][٤]: إنه مخرج من نص الشافعي على أن الأمة المزوجة لزوجها أن يتكلم عنها، وإن القائلين بتقرير النص[٥] فرقوا بأن التزويج المبتغى منه[٦] الأبد بخلاف الإجارة.

[ألا ترى أنها][٧] لو ماتت قبل الدخول استقر المهر، ولو هدمت الدار قبل [أن][٨] تقضي المدة لم يستحق تمام أجرتها، ولما رأى الإمام مخاصمة[٩] المستأجر أظهر، جزم بمخاصمة المرتهن في كتاب الرهن، ولو ردت اليمين على الراهن فنكل

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: النصين.
(٦) في ج: فيه.
(٧) في د: الأمة لأنها.
(٨) سقط في د.
(٩) في د: محاجة.

عنها، فهل يحلف المرتهن؟ فيه قولان كما إذا نكل المفلس والوارث هل يحلف الغرماء؟

قال: وإن حصل[(١)] **من عين الرهن فائدة لم تكن حالة**[(٢)] **العقد كالولد**[(٣)]**، والثمرة فهو خارج عن**[(٤)] **الرهن**؛ لما روى البخاري عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةُ»[(٥)].

وعن[(٦)] قاسم بن أصبغ عن سعيد بن المسيب [وأبي سلمة][(٧)] عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ، الرَّهْنُ لِمَنْ رُهِنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ، وَعَلَيْهِ غُـرْمُهُ»[(٨)]

---

(١) في التنبيه: حدث.
(٢) في التنبيه: حال.
(٣) زاد في التنبيه: واللبن.
(٤) في التنبيه: من.
(٥) أخرجه البخاري (٥/ ١٤٣) كتاب الرهن، باب: الرهن مركوب ومحلوب، حديث (٢٥١٢).
(٦) في د: عن.
(٧) سقط في د.
(٨) ورد هذا الحديث موصولا ومرسلاً.
أما الموصول: فهو من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعًا.
وقد رواه عن الزهري جماعة وهم: زياد بن سعد، وإسحق بن راشد، ومالك، ويحيى ابن أبي أنيسة، وابن أبي ذئب، وسليمان بن داود، ومحمد بن الوليد، ومعمر.
أما رواية زياد بن سعد:
فأخرجها ابن حبان (١١٢٣ - موارد)، والحاكم (٢/ ٥١)، والدارقطني (٣/ ٣٢) كتاب البيوع: حديث (١٢٦)، والبيهقي (٦/ ٣٩) كتاب الرهون، باب: الرهن غير مضمون، وأبو نعيم في الحلية (٧/ ٣١٥) كلهم من طريق سفيان بن عيينة عن زياد بن سعد عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه».
قال الدارقطني: وهذا إسناد حسن متصل.
وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه لخلاف فيه على أصحاب الزهري وقد تابعه - يعني زياد - مالك، وابن أبي ذئب، وسليمان بن أبي داود الحراني، ومحمد بن الوليد الزبيدي، ومعمر بن راشد على هذه الرواية، ووافقه الذهبي.
وصحح هذا الطريق أيضا ابن حبان.
وقال أبو نعيم: غريب من حديث ابن عيينة عن زياد عن الزهري تفرد به عبد الله العابدي عن أبيه.
قلت: وفي كلام أبي نعيم نظر من وجهين:
الأول: قوله عبد الله العابدي عن أبيه، فالسند ليس فيه ذكر لوالد عبد الله إنما هو عبد الله العابدي عن سفيان مباشرة.
الثاني: دعوى تفرد عبد الله العابدي به كيف وقد تابعه إسحاق بن الطباع عند ابن حبان في صحيحه؟!
رواية إسحاق بن راشد:
أخرجها ابن ماجه (٢/ ٨١٦) كتاب الرهون، باب: لا يغلق الرهن، حديث (٢٤٤١) من طريق محمد =

وقد روي مرسلاً عن سعيد، ورفع عنه في هذا الإسناد وغيره، قال عبد الحق: ورفعه صحيح.

= ابن حميد حدثنا إبراهيم بن المختار عن إسحق بن راشد عن الزهري عن سعيد ابن المسيب عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن».
قال الحافظ البوصيري في الزوائد (٢/ ٢٥٧): هذا إسناد ضعيف محمد بن حميد الرازي وإن وثقه ابن معين في رواية، فقد ضعفه في أخرى، وضعفه أحمد، والنسائي، والجوزجاني، وقال ابن حبان: يروي عن الثقات المقلوبات وقال ابن وارة... كذاب. ا هـ.
رواية مالك:
أخرجه ابن جميع في «معجم شيوخه» (ص٢١٠ - ٢١١) رقم (١٦٨) من طريق محمد ابن كثير، والخطيب في تاريخ بغداد (٣/ ٣٠٣ - ٣٠٤)، (٦/ ١٦٥) من طريق إبراهيم بن أبي سكينة، ومحمد ابن كثير كلاهما عن مالك بن أنس عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه».
رواية يحيى بن أبي أنيسة:
أخرجها الشافعي في الأم (٣/ ١٦٧) باب ضمان الرهن، وفي «المسند» (٢/ ١٦٤) كتاب الرهن، حديث (٥٦٨) من طريق الثقة عن يحيى بن أبي أنيسة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه».
رواية ابن أبي ذئب:
أخرجها الدارقطني (٣/ ٣٣) كتاب البيوع، حديث (١٢٧)، والحاكم (٢/ ٥١)، والبيهقي (٦/ ٣٩) كتاب الرهن، باب: الرهن غير مضمون من طريق إسماعيل بن عياش عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن لصاحبه له غنمه وعليه غرمه».
وأخرجه الدارقطني (٣٠/ ٣٣) كتاب البيوع، حديث (١٣٣)، والحاكم (٢/ ٥١)، وابن حزم في المحلى (٨/ ٩٩)، وابن عدي في الكامل (٤/ ١٥٤٦) كلهم من طريق عبد الله بن نصر الأصم الأنطاكي ثنا شبابة عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب، وأبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة به.
قال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٢٠)، وصححه عبد الحق في أحكامه من هذا الطريق، قال ابن القطان: وأراه إنما تبع في ذلك أبا عمر بن عبد البر فإنه صححه، وعبد الله بن نصر هذا لا أعرف حاله، وقد روى عنه جماعة، وذكره ابن عدي في كتابه، ولم يبين من حاله شيئًا إلا أنه ذكر له أحاديث منكرة منها هذا، انتهى كلامه. وقال في التنقيح - ابن عبد الهادي -: عبد الله بن نصر البزار الأنطاكي ليس بذاك المعتمد، وقد روى عن أبي بكر بن أبي عياش، وابن علية ومعن بن عيسى وابن فضيل وروى عنه أبو حاتم الرازي. ا هـ.
وقد روى ابن أبي ذئب هذا الحديث مرسلاً أيضًا.
أخرجه الشافعي في «المسند» (٢/ ١٦٣) كتاب الرهن، حديث (٥٦٧)، وابن أبي شيبة (٧/ ١٨٧) رقم (٢٨٤١) وعبد الرزاق (٨/ ٢٣٧) رقم (١٥٠٣٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٠٠)، والبيهقي (٦/ ٣٩) كتاب الرهن، باب: في زيادات الرهن، من طرق عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب مرسلاً. =

ولأن الرهن عقد لا يزيل الملك عن الرقبة فلم يسر إلى الولد، [كالثمرة، والإجارة][(١)].

وفي النهاية: حكاية وجه أن الاعتبار فيما يتبع المرهون في دخوله في الرهن، وما لا يتبعه بحالة القبض، فيلزم منه أن الثمرة إذا حدثت بعد العقد وقبل القبض يكون في دخولها في الرهن الخلاف السابق، وكذا فيما ذكرناه [معه][(٢)] من قبل وهو غير

= رواية سليمان بن داود:
أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٣) كتاب البيوع رقم (١٢٨)، والحاكم (٢/ ٥١)، وابن عدي في الكامل (١/ ١٧٦) من طريق أبي ميسرة أحمد بن عبد الله بن ميسرة ثنا سليمان بن داود الحراني عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «لا يغلق الرهن حتى يكون لك غنمه وعليك غرمه».
وأحمد بن عبد الله بن ميسرة ضعيف.
قال ابن عدي: حدث عن الثقات بالمناكير، ويحدث عمن لا يعرف، ويسرق حديث الناس.
وذكره الدارقطني في الضعفاء والمتروكين (٥١).
رواية محمد بن الوليد:
أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٣) كتاب البيوع، حديث (١٢٩) والحاكم (٢/ ٥١) من طريق إسماعيل بن عياش ثنا محمد بن الوليد الزبيدي عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه».
رواية معمر:
أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٣) كتاب البيوع، حديث (١٣١)، والحاكم (٢/ ٥٢) من طريق معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن لك غنمه وعليك غرمه».
قال الدارقطني: أرسله عبد الرزاق، وغيره عن معمر.
أما الحديث المرسل:
فأخرجه مالك (٢/ ٧٢٨) كتاب الأقضية، باب: ما لا يجوز من غلق الرهن حديث (١٣) ومن طريقه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٠٠)، والخطيب في تاريخ بغداد (١٢/ ٢٤٢) عن الزهري عن سعيد بن المسيب به مرسلاً.
وقد تابع مالك جماعة منهم.
يونس وشعيب أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٠٠ - ١٠١).
ومعمر: أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٢٣٧) رقم (١٥٠٣٣)، والدارقطني (٣/ ٣٣)، والبيهقي (٦/ ٤٠) كتاب الرهن، باب: الرهن غير مضمون وتابعه أيضًا ابن أبي ذئب، وقد تقدم تخريج روايته الموصولة والمرسلة.
قال الزيلعي في نصب الراية (٤٠/ ٣٢١) قال صاحب التنقيح: وقد صحح اتصال هذا الحديث الدارقطني وابن عبد البر وعبد الحق. ا هـ.
قلت: وقد صحح وصله أيضا الحاكم، وابن حبان، وابن حزم.

(١) في د: والثمرة كالإجارة.
(٢) سقط في د.

سديد، وله أن ينزي على الحيوان لطلب الولد، إن كان محل المال قبل ظهور الحمل، أو يلد قبل حلول الدين، وإن كان يحل بعد ظهور الحمل وقبل الولادة، فإن قلنا: الحمل لا يعرف جاز أيضًا لأنها تباع معه، وإن قلنا: يعرف وهو الصحيح لم يجز؛ لأنه لا يمكن بيعها[1] دون الحمل، والحمل غير مرهون ولا يجوز مثل ذلك في الأمة؛ لأن الحمل فيها نقص.

نعم، لو اتفق أنها حملت، ودعت الحاجة إلى بيعها، فإن قلنا: [الحمل][2] لا يعلم بيعت، وكان كالوصف، وإن قلنا يعلم[3] لم يكن مرهونًا، وتعذر بيعها، كذا قاله الأصحاب.

وقد يعترض على قولهم بجواز الإنزاء، إذا كان الدين يحل بعد ظهور الحمل، من حيث إن الأظهر من الوجهين، كما حكاه الرافعي في «كتاب الصداق»: أن الحمل في البهيمة نقص.

وحكي عن بعضهم في الموانع من الرد بالعيب: إطلاق القول بأن الحمل الحادث نقص؛ لأنه في الحيوان المأكول ينقص اللحم وفي غير المأكول يخل بالحمل، وإذا كان كذلك وجب أن يمنع منه؟

وقد يجاب عن ذلك: بأن هذا القول مفرع على أن الحمل لا يعرف، وإذا لم يعرف لا يحسن[4] أن يقول: إنه عيب قبل معرفته، وقد اختلف الأصحاب فيما إذا رهن نخلاً، ثم أطلعت - على طريقين:

أحدهما[5]: أن بيعها مع الطلع على قولين كما ذكرنا في الحمل.

والثاني: القطع بأن الطلع غير مرهون فيباع النخل، ويستثنى الطلع. والجريد الحادث بعد الرهن، حكمه حكم الثمرة.

قال: وما يلزم [على][6] **الرهن من مؤنة** أي: مثل النفقة والعلف وسقي الأشجار ومؤنة الجذاذ وكراء إصطبل والبيت الذي يحفظ فيه وكذا نقله إلى المرتهن، أو إلى من يوضع تحت يده **فهو على الراهن**؛ للخبر الذي ذكرناه، وقد روى البخاري أيضًا

---

(١) في جـ: معها.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: إن لم.
(٤) زاد في جـ: أنه.
(٥) في د: إحداهما.
(٦) سقط في جـ.

عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةُ»(١).

ثم ما المراد بكونها على الراهن؟ فيه وجهان:

أصحهما - وهو مذهب العراقيين - أنه يجب عليه أن يقوم بها من غير المرهون؛ استيفاء لوثيقة الرهن.

والثاني: ويحكى عن الشيخ أبي محمد وغيره: أنه لا يجبر عند الامتناع لكن يبيع القاضي جزءًا من المرهون بحسب الحاجة، إلا أن يعلم أن النفقة تأكل المرهون قبل حلول الحق، فيلحق(٢) بما يفسد قبل الأجل فيباع، ويجعل ثمنه رهنًا وهذا ما حكاه الغزالي عن قول المراوزة معبرًا(٣) عنه بأن الإنفاق على الحيوان لا يلزمه إلا لحق الله تعالى، فإنه لم يرهن منه إلا ذاك، وضعف الرافعي هذا الوجه، بأن ذلك يفضي إلى إجراء الخلاف المذكور في رهن ما يتسارع إليه الفساد؛ إذ الاحتياج إلى هذه المؤنات محقق وهو بعيد، وعلى الأصح إذا لم يكن للراهن شيء أو لم يكن حاضرًا باع الحاكم جزءًا من المرهون، وأكرى به بيتًا يحفظ فيه الرهن، وكذلك يفعل في مؤنة السقي والجذاذ والتجفيف، كذا حكاه الرافعي.

وفي تعليق [القاضي](٤) أبي الطيب أن الحكم كذلك فيما إذا لم يكن له مال، أما إذا كان غائبًا فإن الحاكم يكري من ماله، فإن لم يجد مالاً أكرى من الثمرة، فإن قال المرتهن: أنا أعطي مقدار الأجرة من مالي، وأرجع عليه بها، وكذا لو قال ذلك فيما إذا لم يكن له مال، وأذن له الحاكم في الإنفاق، جاز، وإن لم يجد حاكمًا أو أنفق بهذا الغرض، وأشهد؛ ففي الرجوع عليه وجهان؛ بناء على القولين في هرب الجمال.

وأما المؤنات الدائرة فقد قال الرافعي: يشبه أن يقال: حكمها حكم ما لو هرب الجمال، وترك الجمال المكراة أو عجز عن الإنفاق عليها، وهذا إذا لم يكن المرهون ماشية، أما إذا كان ماشية فللراهن أن يرعاها بالنهار ويأوي بالليل إلى الموضوعة على

---

(١) تقدم.
(٢) في د: فيلتحق.
(٣) في جـ: معزا.
(٤) سقط في د، جـ.

يده، وإن أراد الراهن أن ينتجع بها، فإن كان في موضع مخصب يكفي الماشية؛ لم يكن له الانتجاع، وإن أجدبت الأرض، ولم يكن فيها ما يكفي الماشية بحيث [أن][(١)] تتماسك، كان له أن ينتجع بها، وليس للمرتهن منعه[(٢)].

لكن يوضع على يد عدل تأوي إليه، وإن لم ينتجع الراهن وانتجع المرتهن؛ كان له ذلك، ولا يمنعه الراهن منه، وإن أرادا جميعًا النجعة إلى موضعين، فالمتبع الراهن، [قاله أبو الطيب،][(٣)] وجعلت على يد عدل.

أما المؤنات[(٤)] التي تتعلق بالمداواة؛ كالفصد والحجامة وتوديج الدابة، وتبزيغها، والتغريب، والمعالجة بالأدوية والمراهم فلا تجب عليه؛ [وأجرى المتولي الوجهين السابقين في المداواة،][(٥)].

ومعنى التوديج: فتح الودجين؛ حتى يسيل الدم، وهو في الدابة بمنزلة الفصد من الآدميين.

وأما التبزيغ فهو فتح الرَّهْصة. والماء إذا نزل في الحافر.

يقال: بزغ البيطار الرهصة، وأصله من الشق؛ ولهذا يقال بزغت الشمس إذا طلعت.

ومعنى التغريب: أن يشرط أشعار الدابة شرطًا خفيفًا لا يضر بالعصب، ثم يعالج وأشعار الدابة فوق الحافر؛ كذا حكاه أبو الطيب.

ولا نزاع في أن للراهن فعل ذلك، إذا كان بحيث لا يخاف منه غائلة.

وإن كان يخاف؛ فعن أبي إسحاق أن للمرتهن المنع منه، وقال أبو علي الطبري:

لا منع منه، ويكتفى بأن الغالب منه السلامة واختاره القاضي أبو الطيب، وقد أجرى الخلاف في قطع اليد المتآكلة إذا كان في قطعها وتركها خطر، فإن كان الخطر في الترك دون القطع فله القطع، وليس له قطع سَلعة وإصبع لا خطر في تركها، إذا خيف منه ضرر وإن كان الغالب السلامة ففيه الخلاف، وله أن يختن العبد والأمة في وقت اعتدال الهواء إن كان يندمل قبل حلول الأجل، وإن لم يندمل وكان فيه نقص لم يجز، وكذا لو كان به عارض يخاف معه من الختان.

---

(١) سقط في د.
(٢) في ج: منفعة.
(٣) سقط في د.
(٤) في د، ج: المؤن.
(٥) سقط في د.

فرع: مؤنة رد المرهون بعد فكاكه على من تكون؟ فيه وجهان في الحاوي.

أحدهما: على الراهن.

والثاني: على المرتهن.

قال: والرهن أمانة في يد المرتهن فإن هلك أي من غير تفريط لم يسقط من الدين شيء وجهه قوله تعالى: ﴿وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فجعل الرهن بدلاً من الكاتب، والإبدال في غالب أحكامها في حكم مبدلاتها؛ كالصيام في الكفارة والتيمم في الطهارة؛ لما كان أصلها واجبًا لذلك كانا واجبين، وإذا وجب أن يكون حكم البدل حكم المبدل وجب أن يكون حكم الرهن حكم الكتاب، وتلف الكتاب لا يسقط الدين فكذلك الرهن، وما روى معمر وابن أبي ذئب وإسحاق بن راشد وابن أبي أنيسة، عن الزهري عن ابن المسيب عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يُغْلَقُ الرَّهْنُ، الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ؛ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»[(١)].

وجه الدلالة: قوله: من صاحبه، يعني: من ضمان صاحبه، فإنه لا يصح حمله على أنه من ملك صاحبه؛ لأن حرف التمليك هو اللام، فلو أراد الملك لقال الرهن لصاحبه.

ولفظة من تستعمل في الضمان.

وأيضًا قوله: [له][(٢)] غنمه وعليه غرمه.

فالغنم: الزيادة والنماء، والغرم: العطب والنقص.

ومن جهة المعنى: أنه وثيقة في دين ليس بعوض فيه، فوجب ألا يسقط بتلفه؛ كالضامن والشاهد.

وفيه احتراز من تلف المبيع في يد البائع، وإذا ثبت لنا في هذه الصورة أنه غير مضمون [مع أن المرتهن قبض العين لغرض نفسه][(٣)] فهو إذا كان في يد العدل من طريق الأولى.

وحكم ثمن المرهون إذا ضاع في يد العدل بعد أن باعه بالإذن، حكم تلف المرهون، وحكم المرهون بعد زوال الرهن في يد المرتهن في كونه غير مضمون

(١) تقدم.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في د.

كما قبل زواله.

وقال ابن الصباغ: [ينبغي أن][1] يكون بعد الإبراء [في الغنيمة][2]، كمن طير الريح ثوبًا إلى داره؛ حتى يعلم الراهن به أو يرده؛ لأنه لم يرض بيده إلا على سبيل الوثيقة، [بخلاف ما إذا علم؛ لأنه قد يرضى بتركه عنده][3].

فرع: إذا خرج الرهن مستحقًا، وقد تلف في يد المرتهن، فهل للمالك مطالبته ببدله؟

فيه وجهان: أصحهما: نعم، وعلى هذا إذا غرم هل يرجع على الراهن؟فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، وقد قطع المراوزة بالمطالبة والرجوع، وهذا الخلاف يجري في المستأجر من الغاصب والمودع منه، والمضارب والوكيل في بيعه.

قال: فإن[4] **اختلفا في رده**[5] **فالقول قول الراهن**[6]؛ لأن يد المرتهن على العين[7] لغرض نفسه وهو متمكن من إقامة البينة على ما ادعاه، فلم يقبل قوله كالمستعير وهكذا[8] الحكم عند العراقيين في دعوى المستأجر رد العين، واختلفوا في الوكيل بجُعل، وعامل القراض والأجير المشترك إذا لم يضمنه، إذا ادعى الرد على وجهين، [لأن يد هؤلاء نيابة عن المالك، وإنما تعلق لهم بها حق فلذلك جرى الخلاف.

وقال][9] ابن الصباغ وغيره: [و][10] الفرق بين هؤلاء والمرتهن أنه قبض العين للانتفاع بها بخلاف هؤلاء؛ لأن[11] الانتفاع بالأجرة لا بالعين، ومذهب المراوزة قبول قول المرتهن في دعوى الرد، وطردوه في كل يد هي أمانة في حق من صدر منه إثبات اليد كالرهن والإجارة والوكيل بالجُعل[12].

وفي الوسيط في كتاب الوكالة: أن العراقيين ذكروا في كل ذلك وجهين.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: وإن.
(٥) في التنبيه: قدره.
(٦) في التنبيه: المرتهن مع يمينه.
(٧) زاد في جـ: ليست ثابتة عن يد المالك بدليل أنه لا يجوز أن يستند فيها علامة لمن هي مستقلة.
(٨) زاد في جـ: إن.
(٩) في د: قال.
(١٠) سقط في د.
(١١) في جـ: إن.
(١٢) في د: بجعل.

ولو اختلف الراهن والمرتهن في تلف الرهن[١] **فالقول قول المرتهن**[٢]، [توافق عليه المراوزة والعراقيون كما حكاه ابن الصباغ وغيره؛][٣] لأنه لا يتعلق بالاختيار، فلا يساعده فيه البينة فكان القول قوله [فيه][٤] لدفع الضرر، وإيراد الغزالي في الوسيط وغيره يوهم أن العراقيين خالفوا في ذلك وألحقوه بدعوى الرد، ومستنده فيه ما قاله الإمام أن القياس يقتضي أن ينزل دعوى التلف منزلة دعوى الرد في كل تفصيل، والله أعلم.

ولنختم الباب بمسائل تتعلق به، وقد وعدنا من قبل بذكرها فمنها:

إذا سلم الراهن الرهن للمرتهن ووكله في بيعه عند المحل، كانت الوكالة فاسدة، ولو باعه لم يصح بيعه؛لأنه توكيل فيما ينافيه الغرضان، فلم يصح كما لو وكل وكيله في بيع شيء من نفسه، وينافي الغرض أن الراهن يريد الزيادة في الثمن، والمهل على البيع؛ حتى لا تفوته الزيادة والمرتهن يريد تعجيل الحق وإنجاز البيع، ويفارق غير المرتهن فإن حق المرتهن لا يتعين فيه، وهذا ما يقتضيه نص الشافعي فإنه قال: لو شرط للمرتهن إذا حل الحق أن يبيعه لم يجز له أن يبيع لنفسه إلا بأن يحضر رب الرهن.

فإن قيل: ألستم ذكرتم في الوكالات الفاسدة أن بيع الوكيل يصح فيها فلم لا يصح البيع هنا؟ قيل: الفرق بينهما أن الوكالة الفاسدة من حيث فساد عوضها لا تمنع ذلك الإذن في البيع، والإذن المجرد يصح معه البيع، وهاهنا الفساد[٥] من ناحية الإذن، فانتفى ما يصحح البيع، ثم هذا إذا لم يكن الراهن حاضرًا، [أما إذا كان حاضرًا][٦]، فقد انتفت التهمة فيصح البيع وهذا ظاهر نص الشافعي. ومن أصحابنا من قال: لا يصح بيعه؛ لأنه يكون وكيلاً فيما يتعلق بحق نفسه.

قال ابن الصباغ: والأول أصح، هذا ما حكاه العراقيون وجزم الإمام في النهاية بصحة بيع المرتهن إذا قال له الراهن: بع الرهن [لي][٧] واقبض الثمن لي، ثم استوفه لنفسك، وحكى في صحة استيفائه لنفسه إذا حدد وزنه وجهين.

---

(١) في التنبيه: وإن اختلفا في قدره.
(٢) زاد في التنبيه: مع يمينه.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) في ج، د: الفاسد.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في ج.

أما إذا لم يحدده فلا يحصل القبض، وليس كما لو رهن الوديعة عند المودع؛ لأن الاستيفاء إنما يصح بناء على إذن الراهن ولفظه في الإذن: ثم استوف منه حقك، وهذا تصريح بإحداث أمر.

ولو قال: بعه لي واستوف الثمن لي ثم أمسكه لنفسك؛ فالظاهر أيضًا أنه لا بد من فعل في القبض.

ومن أصحابنا من أقام الإمساك على قول صحة [القبض][1] مقام[2] الاستيفاء، وإذا لم نصححه ولم يوجد منه سوى مجرد نية الاستيفاء، فلا يدخل في ضمانه انتهى.

وحمل ما قاله العراقيون من فساد الإذن والبيع وحكوه عن النص على ما إذا قال بعه لنفسك فباع، وأن القاضي وافقهم على اختيار ذلك؛ لأنه لا يتصور أن يبيع الإنسان مال الغير لنفسه.

[وحكى عن صاحب التقريب رواية قول، وأنه ارتضاه لنفسه][3] أن البيع صحيح.

وحكى فيما إذا قال: بعه، ولم يقل: لي ولا: لنفسك، في أنه على أيهما يحمل؟ وجهين، والقائلون بالمنع عللوه بعلتين:

إحداهما: أن البيع بعد حلول الدين مستحق للمرتهن، فإذا أقرن به الإذن المطلق حمل عليه، فكأنه قال بعه لنفسك.

والثانية: ما حكيناها عن العراقيين من قبل، وعليهما يخرج ما إذا كان المرتهن حاضرًا البيع أو[4] أذن في البيع بثمن معين، أو[5] كان الدين مؤجلاً، فإن عللنا بالأول بطل في الأولى والثانية وصح في الثالثة إذ لا استحقاق، وإن عللنا بالثانية[6] صح في الأولى والثانية. وبطل في الثالثة.

ومنها: أن الراهن والمرتهن لو أذنا للعدل في بيع الرهن ثم عزلاه عنه امتنع عليه البيع وانفسخت الوكالة، وكذا لو فسخ الراهن الوكالة انفسخت، وهل للمرتهن فسخ الوكالة؟

قال المحاملي: ظاهر كلام الشافعي يدل على أن فسخه يصح؛ لأنه قال [في

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: ومقام.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: لو.
(٥) في جـ: إذ.
(٦) في جـ: بالثالثة.

المختصر][1] ما لم يفسخا أو أحدهما.

وقال أبو إسحاق: لا يصح من المرتهن فسخ الوكالة؛ لأن العدل ليس بوكيله، وإنما هو وكيل الراهن، وقول الشافعي: «ما لم يفسخا أو أحدهما» تعني: أن العدل يجوز له البيع ما لم يمنع الراهن أو المرتهن من ذلك، وهذا ما رجحه القاضي أبو الطيب في تعليقه، ونسب الأول إلى قول بعض الأصحاب، وقال: إنه ليس بصحيح؛ لأن العدل ليس بوكيل للمرتهن بالإجماع، وهذا يدل على أن الخلاف في [أن][2] الوكالة من جهة الراهن هل ترتفع بعزل المرتهن حتى يفتقر الراهن إلى تجديد وكالته إذا أريد بيعه، وقد صرح به الإمام.

وفي الحاوي: أن الذي عليه الجمهور من أصحابنا، وهو قول البصريين أن الوكالة ارتفعت، وما حكي عن أبي إسحاق لا يتحصل منه شيء وبعضه يناقض بعضًا؛ لأن الوكالة إنما هي إذن بالبيع فإذا منعه برجوع المرتهن عن البيع فقد زال موجب الوكالة.

وهذا صريح الشيخ إلا أن وكالة الراهن [لا][3] تنفسخ برجوع المرتهن كما لا تنفسخ وكالة المرتهن برجوع الراهن. انتهى.

وهذا منه يدل على أن وكالة الراهن لا ترتفع على القولين معًا، وهو الذي يقتضيه إيراد الغزالي في الوسيط فإنه قال: لو رجع أحدهما عن الإذن امتنع عليه البيع، ورجوع الراهن عزل فإنه الموكل، وإذن المرتهن شرط وليس بتوكيل، ولذلك لو عاد المرتهن، وأذن بعد رجوعه جاز، ولم يجب تجديد التوكيل من الراهن.

ثم قال: ومساق هذا الكلام من الأصحاب مشعر بأنه لو عزله الراهن، ثم عاد ووكله افتقر إلى تجديد الإذن، وعليه يلزم لو قبل به ألَّا يعتد بإذنه، للعدل قبل توكيل الراهن فليؤخر عنه، ويلزم عليه الحكم ببطلان رضا المرأة في التوكيل بالنكاح قبل توكيل الولي، وكل ذلك محتمل، ووجه المساهلة إقامة دوام الإذن مقام الابتداء تعلقًا بعمومه فإنه إن لم يعمل في الحال فليقدر مضافًا إلى وقت التوكيل، وإذا احتملت الوكالة التأقيت والتعليق كان الإذن أولى بالاحتمال.

قلت: ووجه إشعار كلام الأصحاب بما ذكره أنهم لما استدلوا على أن إذن

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.

المرتهن شرط وليس بتوكيل، بأنه لو عاد وأذن جاز، ولم يجب تجديد التوكيل، اقتضى أن الراهن لو عاد بعد عزله ووكل، افتقر المرتهن إلى تجديد الإذن وإلا لم يحسن الاستدلال، وما قاله من الإلزامين: الأول منهما صحيح؛ لأن زوال توكيل الراهن لما أبطل إذن المرتهن بعد الحكم [بصحة الراهن، لما أبطل إذن المرتهن بعد الحكم][1] بصحته بعدم التوكيل أولى أن يمنع؛ لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء.

وأما الثاني: فسياق كلام الأصحاب يقتضي خلافه من حيث إن رضا المرأة بالتوكيل إذا اعتبرناه كرضا المرتهن ببيع العدل؛ [لأن المرأة لا يصح توكيلها في النكاح][2] ولما كان إذن المرتهن شرطًا في صحة بيع العدل، ويفتقر إلى تقدمه على البيع، لزم أن يكون إذن المرأة بالتوكيل شرطًا في صحة التوكيل ومتقدمًا عليه.

نعم، لو كان إذن المرتهن شرطًا في صحة توكيل الراهن لا في بيع العدل، وقد اقتضى مساق كلامهم ما ذكر، لزم منه ألا يعتد برضا المرأة بالتوكيل قبله؛ لأنه حينئذ يكون الوزان وحيث هو منتف انتفى الإلزام.

وقوله: ووجه المساهلة، يعني: مساهلة الأصحاب في رضا المرأة بالتوكيل متقدمًا عليه، وإن كان مخالفًا لمساق كلامهم إلى آخره - جواب على اعتقاده[3] صحة الإلزام[4]، وقد يثبت أنه مساق كلامهم، فلا مساهلة.

ويؤيد ما ادعيت أن الغزالي عناه بقوله[5] من بعد: فليقدر مضافًا إلى وقت التوكيل، وهذا ما حضرني من البحث في ذلك وكان شيخي السيد الشريف عماد الدين العباسي - رحمه الله - يستشكل كلام الغزالي في هذا، وكتب لي ورقة بخطه فيما وقع له منه[6]، وسأذكر صورة المكتوب فيها ثم أبدي ما ظهر لي عليه، وصورته: الذي زعم الشيخ أنه مساق كلام الأصحاب ليس مساقًا لكلامهم، ووقع الغلط في هذا الفرع في ثلاث عشرة كلمة[7]، وهأنا أرسمها بالحمرة بين الأسطر ليتبينه الناظر، وأكتب بالحمرة المسألة التي ذكرها الإمام، أعنى الوجه الذي نقله الإمام عن

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: اعتقاد.
(٤) في د: الالتزام.
(٥) في جـ: قوله.
(٦) في د: في.
(٧) زاد في د: منه.

الأصحاب؛ إذ كان الشيخ أراد أن يفرع عليه لكن كان الأمر أشبه عليه، فعكس الصواب في تفريعه عليه، ونقل حكم إذن المرتهن إلى توكيل الراهن بالعكس.

فأقول بعد أن أعلمك أن المكتتب بالسواد هو نفس كلام الشيخ، والمكتتب بالحمرة فوق الكلمات بعد مسألة الأصحاب هو صوابه.

قال: فروع أربعة: الأول: أنه لو رجع أحدهما عن الإذن امتنع البيع ورجوع الراهن عزل، فإنه الموكل، وإذن المرتهن شرط وليس بتوكيل، ولذلك[١] لو عاد المرتهن وأذن بعد رجوعه جاز، ولم يجب تجديد التوكيل من الراهن[٢].

وذهب بعض الأصحاب إلى أن رجوع المرتهن يوجب رفع الوكالة، ومساق هذا الكلام من الأصحاب مشعر بأنه لو:

رجع المرتهن وأذن الراهن التوكيل

عزل[٣] الراهن[٤]، ثم عاد ووكل[٥] - افتقر المرتهن[٦] إلى تجديد الإذن[٧]، وعليه يلزم لو قيل به أنه لا يعتد بإذنه[٨]؛ للعدل قبل توكيل[٩] الراهن[١٠]؛ فليؤخر عنه، ويلزم عليه الحكم ببطلان رضا المرأة[١١] بالتوكيل في النكاح قبل توكيل الولي[١٢]، وكل ذلك محتمل، ووجه المساهلة: إقامة دوام الإذن[١٣] مقام الابتداء؛ تعلقًا بعمومه، وأنه إن لم يعمل في الحال فليقدر مضافًا إلى وقت التوكيل[١٤].

هذا آخر ترتيبه، والذي وقع لي عليه، أن هذا الوجه الذي بنى الشيخ عليه هذا الكلام نسبه الإمام إلى بعض الضعفة، فكيف يمكن إلزام الأصحاب بمقتضاه؟ ثم لو صححناه؛ لم يكن مساقه مشعرًا بما ذكره بل مصرحًا به؛ لأن الوكالة إذا ارتفعت علم بالقطع أنها لا تعود إلا بتوكيل جديد، وإذا كان كذلك لم يحسن [حمل][١٥] كلام الغزالي على ذلك.

---

(١) في جـ: وذلك.
(٢) في د: الرهن.
(٣) ثبت في د: فوق عزل: رجع.
(٤) ثبت في د: فوق الراهن: المرتهن.
(٥) ثبت في د: فوق ووكل: وأذن.
(٦) ثبت في د: فوق المرتهن: الراهن.
(٧) ثبت في د: فوق الإذن: التوكيل.
(٨) ثبت في د: فوق بإذنه: بتوكيله.
(٩) ثبت في د: فوق توكيل: إذن.
(١٠) ثبت في د: فوق الراهن: المرتهن.
(١١) ثبت في د: فوق رضا المرأة: توكيل الولي.
(١٢) ثبت في د: فوق توكيل الولي: إذن المرأة.
(١٣) ثبت في د: فوق الإذن: التوكيل.
(١٤) ثبت في د: فوق التوكيل: الإذن.
(١٥) سقط في د.

نعم ما ذكره صحيح بناء على اختيار هذا الوجه.

ومنها: أن المرتهن بعد حلول الحق له مطالبة الراهن بوفائه كما سنذكره، فإن امتنع من الوفاء طولب ببيع الرهن في الدين، فإن امتنع فهل يبيعه الحاكم عليه أو يجبره على البيع؟ فيه كلام نذكره في باب التفليس، كذا قال المحاملي: وليس للراهن مطالبته بإحضار الرهن، حتى يقع قضاء الدين، واسترداد المرهون معًا، وكذا لو أدى الدين لا يلزمه إحضاره أيضًا بل عليه التخلية بينه وبينه، ومقتضى ما حكيته عن الماوردي من أن مؤنة الرد بعد الفكاك تجب على المرتهن على وجه، [وهو ما حكاه القاضي الحسين في كتاب القراض عن العراقيين][1] أن الرد واجب على ذلك الوجه.

ولو امتنع الراهن من وفاء الحق بتعذر أو غيبة، فإن كان للمرتهن بينة، رفع الأمر إلى القاضي، وإن لم يكن له بينة أو لم يكن في البلد حاكم؛ كان حكمه حكم من ظفر بغير جنس حقه.

قال الإمام: وفائدة الرهن[2] أن الراهن لو مات أو أفلس اختص بثمنه، وفي مسألة الظفر لا يختص بما ظفر به، بل يشارك فيه.



(١) سقط في د.

(٢) في جـ: الراهن.

باب التفليس

التفليس: النداء على المفلس، وإشهاره بصفة الإفلاس، قاله الرافعي.

وقال الغزالي: هو أن يجعل من عليه الدين مفلسًا ببيع ماله.

ولفظ التفليس والفَلس والإفلاس، مأخوذ من الفلوس التي هي أخس الأموال؛ فإنه إذا حجر عليه منع التصرف في ماله إلا في شيء تافه لا يعيش إلا به، وهو مؤنته ومؤنة عياله.

وقيل: لأنه صار ماله كالفلوس؛ لقلته بالنسبة إلى ما عليه من الديون.

وقيل: لأنه فني خيار ماله وجيده، وبقي معه الفلوس.

قال المحاملي: وبعض أصحابنا يقول: إنما اشتق من الفلوس؛ لأنه ذهب ماله حتى الفلوس. وهذا بضد ما قاله أهل اللغة.

ويقال: أفلس، إذا أعدم، أو: صار ذا فلوس؛ كما يقال: أيسر، إذا صار ذا يسار، وهكذا يقدر في قولهم: مفلس؛ كقولهم: مُفِضّ، أي: ذو فضة.

وتفالس؛ أي: ادعى الإفلاس.

قال الماوردي: وكره بعض أصحابنا أن يقال في هذا الباب: باب الإفلاس؛ لأن الإفلاس مستعمل في الإعسار بعد اليسار، والتفليس مستعمل في حجر الحاكم على المديون؛ فكان أليق بالحال.

وقد فسر الأصحاب المفلس في الشرع بمن ركبته الديون، وماله لا يفي بها، ويتجه أن يضاف إليه حجر الحاكم؛ أخذًا مما قاله الماوردي - كما ذكرناه - والبندنيجي، والمحاملي، حيث قالا: يقال: فلَّسه الحاكم، إذا حجر عليه، ومنعه من التصرف في ماله.

قال: إذا حصلت على رجل ديون، فإن كانت مؤجلة لم يطالب بها - أي: قبل حلولها- لأنه لو جوز الطلب بها سقطت فائدة التأجيل.

قال: وإن أراد السفر - أي: أي سفر كان - لم يمنع منه؛ لسقوط المطالبة عنه قبل الحلول، ولرب الدين المسافرة معه ليطالبه عند حلوله؛ بشرط ألا يلازمه ملازمة الرقيب.

قال: وقيل: يمنع من سفر الجهاد - أي: إلا أن يقوم بالدين أو يَكْتَفِل به- لأن ذلك مظنة الهلاك؛ فإن المجاهد قد يطمع في الجنة فيحرص على طلب الشهادة، وذلك مضيع للدين. روي أن النبي ﷺ قال في معركة القتال يومًا: «مَنْ وَضَعَ سَيْفَهُ فِي هَؤُلَاءِ مُقْبِلًا غَيْرَ مُدْبِرٍ حَتَّى قُتِلَ فَلَهُ الجَنَّةُ، فَقَالَ بَعْضُ الْأَنْصَارِ -وَكَانَ بِيَدِهِ تَمَرَاتٌ يَأْكُلُهَا- : ليس بيني وبين الجنة إلا أن يقتلني هؤلاء؟ ورمى بالتمرات واخترط سيفه وكسر غمده في العدو، فدعاه رسول الله ﷺ فعاد، فقال رسول الله ﷺ: إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَيْكَ دَيْنٌ، فَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَعَادَ وَانْغَمَسَ حَتَّى قُتِلَ»، وهذا ما نسب إلى الإصطخري، وحكى الرافعي في السير أن الروياني صححه، وقد حكى القاضي هذا الوجه في غير سفر الجهاد، في أي سفر كان في كتاب السير، ووجهه بأنه ربما حل الحق؛ فلا يمكنه المطالبة به.

وقيل في سفر الجهاد: إن خلف وفاءً بالدين فلا منع منه، وإلا منع.

وقيل: إن كان من المرتزقة لم يمنع، وإلا منع، وفي كتاب القاضي ابن كجٍّ: أن الأجل إن كان يدوم إلى أن يرجع فلا منع، وإن كان يحل قبل أن يرجع ففيه الخلاف.

والأضعف على ما حكاه الإمام -المنع مطلقًا، والمذهب الأول، وخوف الهلاك موجود في الإقامة.

والحديث دال على منع جهاد من عليه دين، لا على منع السفر له، ومنع الجهاد مذكور في آخر الكتاب، وتجري الوجوه الثلاثة الأُوَل في كل سفر مخوف مثل سفر البحر، [وفي «تتمة التتمة»: أنها لا تجري فيه؛ فإن راكب البحر يسعى في السلامة، والغازي من يعرض نفسه للشهادة][(١)].

وعلى المذهب: لا يجب على المديون القيام لمستحق الدين عند طلبه الكفيل أو الراهن، أو أن يشهد [له][(٢)] ذلك، وقد حكي عن صاحب «التقريب» رواية وجه في وجوب الإشهاد، واختار الروياني في زمانه وجوب القيام بالكفيل في السفر البعيد المخوف عند قرب الأجل؛ لخبث أهل الزمان.

قال: وإن كانت حالة وله مال يفي بها طولب بقضائها؛ [أي][(٣)]: وإن لم يرد

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ، د.

سفرًا؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]؛ فدل على أنه إذا لم يكن ذا عسرة أنه لا يجب إنظاره، [ويجب عليه القيام به][(١)]، ولأن ذلك فائدة الحلول.

وما أطلقه الأصحاب من أن الدين إذا كان حالاً فله منعه من السفر حتى يُقْبِضه[(٢)]، أرادوا: برفعه إلى مجلس القاضي ومطالبته به، ومن هذا يظهر أنه ليس له منع المعسر من السفر، إلا أن يكون سفر جهاد على رأي، وقد صرح الرافعي به في السير؛ حيث حكى أن القاضي ابن كجٍّ قال - فيما إذا أراد من عليه دين حال وهو معسر سفر الجهاد-: المذهب أنه ليس له منعه، وأن أبا إسحاق قال: له منعه؛ لأنه يرجو أن يوسر فيؤدي، وفي الجهاد خطر الهلاك، وهذا يدل على أن المنع يكون بغير الحبس عند المنع منه في الدين المؤجل.

فرع: إذا لم يطالبه صاحب الدين الحال به، وهو قادر عليه، هل يجب عليه أداؤه على الفور؟ أو على التراخي؟ قال في «البحر» في آخر كتاب الغصب: يحتمل أن يقال: إن كان وجوبه يرضي المالك فهو على التراخي، ويتعين أداؤه بالمطالبة، أو لخوف منه على ماله فيفوت قضاؤه، وإن كان وجوبه بغير رضا المالك [فالقضاء على الفور؛ لأن صاحبه لم يرض وجوبه في ذمته، وهذا لأنه إذا كان يرضي المالك،][(٣)] فصاحب الدين مندوب إلى ألا يطالب الدين، ولو كان وجوب القضاء على الفور لكان مندوبًا إلى المطالبة؛ ليخرج من عليه الدين من العصيان بتأخير القضاء.

ويحتمل أن يقال: إذا كان الوجوب[(٤)] بغير رضاه ينظر: فإن كان صاحب الحق لا يعلم به كان على الفور، [وإن كان عالمًا به، فإن وجب بتعدٍّ منه كان على الفور][(٥)]، وإن كان بغير تعد فعلى التراخي.

قلت: ومقتضى ما قاله أخيرًا أنه يجب عليه عند عدم العلم في صورة غير التعدي أحد أمرين: إما الوفاء، أو إعلامه بالدين.

وقال الإمام في كتاب [الزكاة عند الكلام في أن التمكن شرط الضمان: إن من

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ: يقضيه.
(٣) سقط في ج، د.
(٤) في أ: الموجب.
(٥) سقط في أ.

عليه دين وهو غير ممتنع من أدائه، ومستحقه غير مطالب به، فالدين الثابت، ولكن لا يتعين أداؤه ما لم يطالبه مستحقه، وقال في كتاب][١] القضاء[٢] بعد قوله: «إن الأداء لا يلزم إلا مع الطلب»: وقد يقول الفقيه: من عليه دين حال يلزمه أداؤه، وإن لم يطالبه صاحبه، وإنما يسقط وجوب الأداء برضا مستحق الحق بتأخيره.

قال: فإن امتنع؛ أي: من القضاء بعد أمر الحاكم به، باع الحاكم ماله - أي: إن رأى ذلك [وقضى دينه][٣]؛ لما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: ألا إن الأَسَيْفِعَ - أسيفعَ جُهَيْنَةَ - رضي من دِينِه وأمانته بأن يقال: سبق الحاج، ويقال: سابق الحاج، فادَّان معرضًا-أي: عن الوفاء، [وقيل: أعرض الناس فادان منهم - فأصبح][٤] قدرِينَ بِهِ فمن كان له عليه دين فليحضر غدًا؛ فإنا بائعو ماله، وقاسموه بين غرمائه[٥]. ولم يخالفه أحد من الصحابة؛ فكان إجماعًا.

وإن رأى ألا يبيعه ويجبره على البيع بنفسه بالحبس والتعزير فله ذلك، صرح به الشيخ أبو حامد، وحكاه القاضي أبو الطيب.

وفي «التتمة» حكاية وجه: أنه لا يحبسه؛ لأنه ربما يقعد في الحبس ولا يبيع المال؛ فيتضمن ذلك تأخير حقوق الغرماء، وهذا ما حكاه في «الذخائر» عن الأصحاب وصاحب «الاستقصاء» عن سليم الرازي ونصر المقدسي، وهل للحاكم أن يحجر عليه إذا التمسه الغرماء [عند امتناعه][٦]؛ خشية من إتلاف أمواله؟ فيه وجهان:

---

(١) سقط في جـ، د.
(٢) في الأصول: القاضي، وزاد في جـ بعدها: إن القاضي.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) أخرجه مالك (٢/ ٧٧٠): كتاب «الوصية»: باب «جامع القضاء وكراهيته» رقم (٨).
قال الحافظ في التلخيص: إسناده منقطع.
ووصله الدارقطني في العلل (٢/ ١٤٧، ١٤٨) برقم (١٧٢) من طريق زهير بن معاوية عن عبيد الله ابن عمر عن عمر بن عبد الرحمن بن عطية بن دلاف عن أبيه عن بلال بن الحارث عن عمر به.
وهو عند مالك: عن ابن دلاف عن أبيه أن رجلا... ولم يذكر بلالاً.
قال الدارقطني: والقول قول زهير ومن تابعه، يعني أن الدارقطني رجح ذكر بلال في الإسناد.
وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٧/ ٢١٩) رقم (٢٩٥٧) عن عبد الله بن إدريس عن العمري بمثل إسناد الدارقطني.
ينظر: تلخيص الحبير (٣/ ١٠٤).
(٦) سقط في د.

أصحهما: نعم؛ لما ذكرناه، وهو الذي حكاه في «التتمة» عن الشيخ أبي حامد.

ووجه مقابله: أن عمر -رضي الله عنه- لم يحجر على الأسيفع، كذا قال المتولي والرافعي.

واعلم أن الحاكم إذا رأى بيع المال فلا يتولاه، إلا أن يثبت عنده أن ذلك ملكه بالبينة، كما صرح به الماوردي هنا، [والقاضي الحسين في كتاب الأقضية؛ حيث قال: إذا ادعى الخصم أن للمديون عقارًا في موضع كذا، فأقر به، وامتنع من بيعه- لا يبيعه القاضي حتى يقيم المدعي بينةً بأنه للمدعى عليه؛ لأنه ربما يكون لغيره، وبيع القاضي إياه يكون حكمًا بأنه له](١)، وكلام الإمام في مسألة الظفر يدل عليه؛ فإن ضعف قول من قال: لا يبيعه بنفسه، بأنه إذا رفع الأمر إلى القاضي قد لا يجد بينة على إثبات دينه، وإن وجدها فقد يعجز عن إثبات كون هذه العين ملكًا لمن عليه الدين، وكلام صاحب «الإشراف» يدل على ذلك، وشيء آخر فإنه قال: القاضي يبيع الرهن بعد ثبوت الدين وصحة الرهن وملك الراهن أو يده يوم الإقباض، ثم قال: قال القاضي: هكذا ذكر المصنف، وهو في كتب أصحابنا بالعراق، إلا أنه قول أبي حنيفة، وعندنا مجرد اليد لا يدل على الملك، بل يشترط مع اليد قرينة التصرف، وامتداد المدة، وعدم المنازع، ويشترط في بيع التركة ثبوت الدين والملك والموت، والشهادة على أنه ملك الميت إلى أن مات، أو في يده وتصرفه تصرف الملاك.

قلت: وما ادعى القاضي أنه في كتب العراقيين من الاكتفاء باليد، يتجه جريانه هنا لأجل الحاجة، وقد يؤخذ من قول الشيخ في مسألة الظفر.

وقيل: يواطئ من يقر له بحق ... إلى آخره، وكلام ابن الصباغ ثم أدل عليه؛ فإنه ذكر أن أبا علي بن أبي هريرة، قال: لا يبيعه بنفسه، بل يواطئ رجلاً يدعي عليه دينًا عند الحاكم فيقر له، [ويقر له](٢) بملك الشيء [الذي أخذه، فيمتنع من عليه الدعوى من قضاء الدين؛ فيبيع الحاكم الشيء](٣) المأخوذ، ويدفعه إليه.

وعلى الأول: يتجه أن يتعين الحبس إلى أن يتولى الممتنع من الوفاء البيع بنفسه؛ فإنه لا معترض عليه - كما قال الماوردي - ويوفي الدين.

---

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في جـ، د.

تنبيه يحتاج إليه في ألفاظ عمر -رضي الله عنه-: الأسيفع: بضم الهمزة وفتح السين بلا نقط، والياء منقوطة بثنتين من تحتها.

فادَّان: بتشديد الدال بلا نقط.

رين به: بكسر الراء بلا نقط، والياء آخر الحروف، يقال: رين بالرجل رَيْنًا، إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه، ولا قبل له به، ويقال: رين به: انقطع به، وهو راجع إلى الأول، ومنه قوله تعالى: ﴿كَلَّا بَلْ رَانَ عَلَىٰ قُلُوبِهِم﴾ [المطففين: ١٤]، قيل: هو الذنب على الذنب حتى يسودَّ القلب.

قال: فإن لم يكن هناك مال، وادعى الإعسار[١]: **فإن كان قد عرف له قبل ذلك مال** - أي: قبل دعوى الإعسار - سواء كان مبيعًا الدين ثمنه، أو قرضًا الدين عوضه، **أو غير ذلك.**

قال: حبس؛ أي: إذا طلب الغريم ذلك [ولم يكن ولدًا لمن عليه الدين][٢]؛ لقول النبي ﷺ: «لِصَاحِبِ الْحَقِّ الْيَدُ وَاللِّسَانُ»[٣].

وأراد باليد: الملازمة والحبس، وباللسان: الاقتضاء والمطالبة، ولأن الحبس يتوصل به إلى استيفاء الحق؛ فكان واجبًا؛ لأن ما لا يتوصل إلى الواجب إلا به فهو واجب: كالملازمة، كذا قاس الماوردي، فظاهره يقتضي أن عمر بن عبد العزيز والليث بن سعد - اللذين خالفا في جواز الحبس - توافقا على الملازمة، وإلا لما حسن منه القياس عليها.

أما إذا كان ولدًا له، أو ولدَ ولدٍ وإن سفل، فهل يحبس في حقه[٤]؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لأن الحبس نوع عقوبة، وليس للابن أن يوجه العقوبة إلى أبيه، وهذا ما صححه البغوي.

---

(١) زاد في التنبيه: نظرت. (٢) سقط في د.

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن (٤/ ٢٣٢)، وابن عدي في الكامل (٦/ ٢٧٨) من طريق محمد ابن معاوية، ثنا بقية عن محمد بن زياد عن أبي عنبة الخولاني، به مرفوعا.
قال ابن طاهر في ذخيرة الحفاظ (٤/ ١٩٣٧): هذا منكر، ومحمد بن معاوية: متروك الحديث. اهـ.
والحديث بلفظ: «دعوه فإن لصاحب الحق مقالا» أخرجه البخاري (٥/ ٦٩)، في الاستقراض، باب: استقراض الإبل (٢٣٩٠)، ومسلم (٣/ ١٢٢٥)، في المساقاة، باب: من استسلف شيئًا فقضى خيرًا منه (١٢٠/ ١٦٠١).

(٤) في أ: فيه.

وقال القاضي الحسين في كتاب الإجارة: إنه قول العراقيين، وقال الإمام قبيل كتاب الدعاوى: إنه الذي ذهب إليه معظم أئمتنا.

والثاني: يحبس، وإلا أقر وامتنع عن الأداء، وحينئذ يعجز الابن عن الاستيفاء، ويضيع[(١)] حقه، وهذا ما نسبه القاضي إلى القفال، والإمام إلى أبي زيد المروزي من أصحابنا، وقال: إنه القياس عندي، ولأجل ذلك صححه الغزالي في هذا الكتاب.

[قال الإمام:][(٢)] وذكر بعض أصحابنا وجهًا ثالثًا - وهو اختيار صاحب «التلخيص»-: أنه يحبس في نفقة ولده إذا امتنع من الإنفاق عليه، ولا يحبس في غيره من الديون.

[والأمهات والجدات من الجهتين؛ كالأب والأجداد فيما ذكرناه][(٣)].

وإذا حبس لا يلزم إخراجه إلى الجُمَع والجماعات، ولا يعصى بتأخره عنها إذا كان معسرًا، ولا يلزمه الاستئذان للخروج إلى الجمعة إذا علم بشاهد الحال وغالب العادة أنه لا يأذن له، ولا يمنع من عمل صنعته في الحبس على أصح الوجهين.

ولو دعا المحبوس أمته أو زوجته إلى فراشه لم يمنع إن كان في الحبس موضعٌ خالٍ، فإن امتنعت أجبرت الأمة، ولا تجبر الزوجة الحرة؛ لأنه لا يصلح للسكنى، وإنما هو حبس ولا حبس عليها، والزوجة الأمة[(٤)] تجبر إن رضي سيدها.

[قال الرافعي في كتاب الأقضية: وكان يجوز أن يقال: الحبس زجر وتأديب. وإن اقتضى الحال أن تمتنع منه زوجته أو أمته فعل][(٥)]، ولو كانت[(٦)] امرأة لم تمنع من إرضاع ولدها في الحبس ما لم يوجد منه بدٌّ، ويمنع الزوج منها.

ونفقة المحبوس في ماله على الأصح، وقيل: على الغريم.

قال الماوردي: وهذا مذهب مُطَّرَح، ولا يضاف إلى حبسه تعزير آخر إذا أصر على دعوى الإعسار، بخلاف ما إذا امتنع من وفاء ما أقر به، مع اعترافه بالمَلاءة؛ فإنه يضاف إلى الحبس التعزير، ويكرر عليه الوقت بعد الوقت فيروه من الأولى، وإن انتهى مجموع ذلك إلى قدر الحد، ويجوز للغريم أن يقول له في هذه الحالة: يا

---

(١) في أ: ضيع.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: والأمة.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ، د: كان.

ظالم، يا مماطل؛ لقوله ﷺ: «لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ»[1]، [خرجه النسائي][2].

واللَّيُّ: المطل، وعرضه: ما ذكرناه، والعقوبة: التعزير والحبس.

ولو امتنع من وفاء ما ثبت عليه بالبينة مع إقراره باليسار، وتعريفنا إياه بما يترتب على ذلك -قال الإمام في باب نكاح المشركات: الظاهر عندنا امتناع التعزير، وفي الحبس مَقْنَعٌ، وفي كلام الأصحاب ما يدل على أن للقاضي أن يعزره.

فرع: لو أراد الغريم ملازمته حيث يجوز حبسه مكن منها؛ لأنها أخف.

قال [الرافعي في كتاب الأقضية: إلا أن يقول المحبوس للقاضي: إنه يشق عليّ الطهارة والصلاة بسبب ملازمته؛ فامنعه من الملازمة واحبسني؛ فإنه يرده إلى الحبس.

ولو استشعر القاضي من المديون بعد [ما حبسه][3] الفرار من حبسه، فله نقله إلى حبس الجرائم، كذا حكاه الرافعي في كتاب الأقضية، عن أبي العباس بن القاص.

قال][4]: إلى أن يقيم البينة على إعساره؛ لأن الأصل بقاء ذلك المال، ولا فرق في ذلك - على ما حكاه الإمام - بين أن تكون البينة معدّلة أم لا، وقد شرع في طلب الاستزكاء؛ لأن الحبس على الجملة من بعض العقوبات[5]، وللمديون طلب يمين

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٣٨٨)، وأبو داود (٤/ ٤٥) كتاب الأقضية، باب: الحبس في الدين، حديث (٣٦٢٨)، والنسائي (٧/ ٣١٦) كتاب البيوع، باب: مطل الغني، وابن ماجه (٢/ ٨١١) كتاب الصدقات، باب: الحبس في الدين والملازمة، حديث (٢٤٢٧)، والبخاري في التاريخ الكبير (٤/ ٢٦٠) وابن أبي شيبة (٧/ ٧٩)، وابن حبان (١١٦٤ - موارد)، والطحاوي في مشكل الآثار (١/ ٤١٣)، والحاكم (٤/ ١٠٢) والبيهقي (٦/ ٥١) كتاب التفليس، باب: حبس من عليه الدين، والطبراني في الكبير (٧/ ٣١٨) رقم (٧٢٤٩، ٧٢٥٠) وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي. وصححه ابن حبان.

والحديث ذكره البخاري تعليقا (٥/ ٧٥) كتاب الاستقراض، باب: لصاحب الحق مقال.

قال الحافظ في الفتح (٥/ ٧٦): والحديث المذكور وصله أحمد وإسحاق في مسنديهما، وأبو داود والنسائي من حديث عمرو بن الشريد بن أوس الثقفي، عن أبيه بلفظه، وإسناده حسن.

(٢) سقط في د.

(٣) في ج: صاحبه.

(٤) سقط في د.

(٥) قوله - في الكلام على إخراجه من الحبس إذا قامت بينة على إعساره-: ولا فرق في ذلك- على ما حكاه الإمام- بين أن تكون البينة معدلة، أم لا وقد شرع في طلب تزكيتها؛ لأن الحبس من بعض العقوبات. انتهى كلامه.

وما حكاه عن الإمام من إخراجه بعد قيام البينة وقبل الاستزكاء - وهمٌ؛ فإن الذي قاله الإمام ما نصه: =

الغريم إنه[(١)] لا يعلم إعساره بعد الدعوى عليه بذلك: فإن حلف سقطت دعواه، فإن عاد وادعى تجدد علمه بذلك سمع منه، وكان له تحليفه، وهكذا إلى أن يعلم القاضي تعنُّتَه[(٢)].

وإن نكل الغريم عن اليمين حلف المديون، وثبت إعساره، ولم يكن للغريم ملازمته؛ لما سنذكره، وإن لم يحلف حبس.

تنبيه: إذا ظهر من كلام الشيخ امتناع الحبس بإقامة البينة على الإعسار مع احتمال[(٣)] أن يكون مستندًا لبينة الوقوف على تلف المال، كما حمل الصيدلاني الشهادة عليه، أو أنه لو كان باقيًا مع مخالطتها له لاطلعت عليه - ظهر لك من طريق الأولى أن الحبس يمتنع إذا شهدت بالوقوف على المال، كما صرح به العراقيون.

قال: ولا يقبل في ذلك إلا شهادة شاهدين من أهل الخبرة بحاله؛ لما روى مسلم عن قبيصة بن مخارق الهلالي أن رسول الله ﷺ قال: «لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ إِلَّا لِأَحَدِ ثَلَاثَةٍ» - وعد منهم-: «رجل أصابته فاقة حتى يقولَ ثلاثة من ذوي الحجى من قومه: لقد أصابت فلانًا فاقة؛ فحلت له المسألة، حتى يصيب قِوَامًا من عيش، قال: أو قال سدادًا من عيش»[(٤)]، والحجى: العقل.

ولأن الإعسار يخفى عمن لا يطلع على باطن الأحوال، ويكفي علم القاضي بأن

= فإن وجد بينته أقامها كما سنذكر الوجه فيها، فإذا قامت وجرى البحث عن التعديل فلا يسوغ عندنا إدامة الحبس بعد ذلك؛ فإنه على الجملة من قبيل العقوبات، وقد يرى الوالي التعزير به وحده. وقال أبو حنيفة: لا يصغي إلى البينة على الإعسار حتى يمضي أمد فيه، ثم اختلف قوله فيه، فقال: مرة. لا بد من مضي شهرين، وقال مرة: أربعين يوما، أو خمسين يوما، وقال مرة: أربعة أشهر. هذا كلامه، وليس فيه أن يُطلق بإقامة البينة قبل تعديلها، والذي أوقع المصنف في هذا الوهم تعبير الإمام بقوله: وجرى البحث عن التزكية، مع قوله: ولا يسوغ عندنا إدامة الحبس... إلى آخره. قال الإمام: قصد بذلك الرد على ما نقله بعد ذلك عن أبي حنيفة من امتناع قبول الشهادة إلا بعد مدة. وأما التعبير بـ«جريان البحث عن التزكية» فيرد على المصنف؛ لأنه قد يقتضي أن البحث قد وجد وانقضى، والأصحاب يطلقونه لإرادة حصول التعديل، والعجب من المصنف فيما قاله؛ فإنه نسب إلى الإمام أمرا مخالفا لسائر الأبواب! وإذا كان يحبس ابتداء في دين بشاهدين لم يعدَّلا مدة يظهر للقاضي جرحهما أو تعديلهما؛ احتياطا للحق وإن لم يثبت - فاستدامته مع ثبوت الدين قبل ثبوت الإعسار أولى.[أ و].

(١) في أ: لأنه.
(٢) في جـ: بغيته.
(٣) في أ، د: الاحتمال.
(٤) أخرجه مسلم (٢/ ٧٢٢) كتاب الزكاة: باب من تحل له المسألة حديث (١٠٩/ ١٠٤٤).

الشاهد من أهل الخبرة بحاله، فإن لم يعرف ذلك اكتفى بقول الشاهد إذا كان عدلاً رضًا - كما قال الإمام-: فإن لم يذكر الشاهد ذلك ولم يعرفه القاضي توقفت الشهادة. [وقد يقال - على رأي الصيدلاني - في حمل الشهادة بالإعسار على وقوف البينة على التلف: إنه لا يشترط أن يكون الشاهد من أهل الخبرة - [كما صرح به الأصحاب - فيما إذا شهدت البينة بتلف المال، وقد يجاب بأنا وإن قدرنا ذلك فخلافه مظنون؛ فاعتبرنا أن يكون من أهل الخبرة](١)؛ ليتحقق الشرط على كل حال(٢)](٣).

ووراء ما ذكره الشيخ أمران:

أحدهما: الجزم في «الإبانة» و«التتمة» بأنه لا يقبل في هذه الشهادة إلا ثلاثة؛ للخبر المذكور، ولأن عسرة الإنسان وإعدامه أمر تغمض معرفته، ويشق الوقوف عليه؛ فيشترط(٤) فيه زيادة في العدد كشهود الزنى.

قال الإمام: وهذا خُرْق(٥) عظيم وخروج عن الضبط.

وأبعد منه الثاني - وهو ما حكاه ابن أبي الدم في «أدب القضاء» له عن الشيخ أبي علي-: أنه يكتفى في هذه الشهادة برجل وامرأتين، أو برجل ويمين المدعي، كما في الأجل والخيار على رأي.

فيحصل في المسألة ثلاثة أوجه، والمذهب منها: الأول، وحمل الأصحاب الثلاثة في الحديث على الاستظهار والاحتياط.

---

(١) سقط في أ، د.

(٢) قوله: وقد يقال على رأي الصيدلاني في حمل الشهادة بالإعسار على وقوف البينة على التلف: إنه لا يشترط أن يكون الشاهد من أهل الخبرة، وقد يجاب بأنا وإن قدرنا ذلك فخلافه مظنون؛ فاعتبرنا أن يكون من أهل الخبرة ليتحقق الشرط على كل حال. انتهى كلامه.
وهذا الاحتمال الذي ذكره خطأ فاحش؛ لأنه لا يسوغ بالإجماع الشهادة على الإعسار برؤية تلف ماله الظاهر من غير أن يعلم حاله في الباطن، والمصنف - رحمه الله - نظر إلى المال المعروف له، وذهل عن احتمال غيره؛ ولهذا أجاب بما أجاب من أن عدم المشاهدة مظنون - أيضا - فاعتبرت الخبرة، وهو عجيب! وقد صرح الرافعي بالمسألة على الصواب، فقال: وإن شهدوا على إعساره قبلت بشرط الخبرة الباطنة. قال الصيدلاني: ويحمل قولهم: إنه معسر، على أنهم وقفوا على تلف المال. هذه عبارته. [أ و].

(٣) سقط في د.

(٤) في د: فيشرط، وفي أ: فشرط.

(٥) في جـ: خرف.

ويجوز إقامة البينة بالإعسار[١] قبل الحبس وبعده، طال زمانه أو قصر، وكيفية[٢] الشهادة فيه أن يقول: أشهد إنه معسر لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه، ولا يشترط أن يقول: وهو ممن تحل له الصدقة.

قال في «التتمة»: ولا يقتصر على أنْ لا ملَك له، حتى تتضمن شهادته النفي لفظًا ومعنًى.

وفي «الجيلي» أنه قيل: إنه يشهد على نفي العلم، فيقول: لا أعلم له مالاً، ولا عَرضًا، ولا عقارًا، ولا عينًا.

قال: فإن قال الغريم: أحلفوه إنه لا مال له في الباطن، [أي: بعد دعواه أن له مالاً في الباطن]، وقد أخفاه - حلف في أحد القولين، أي: وجوبًا؛ لأنه يجوز أن يكون له مال لم تقف[٣] عليه بينة الإعسار، فإذا ادعى ذلك حلف، وهذا ما صححه الرافعي وغيره، وهو المنصوص في «حرملة»، وظاهر نصه في «المختصر». فإن امتنع من اليمين، حكى الماوردي عن [ابن][٤] أبي هريرة: أنه يحبس إلى أن يحلف.

والقول الثاني: أنه لا يحلف وجوبًا؛ لأن في ذلك قدحًا في الشهادة فلم يعرض كما إذا شهد عليه بأنه أقر، فسأل إحلاف المدعى على أنه أقر له، وللحاكم أن يستحلفه استحبابًا واستظهاراً، وهذا ما حكاه في «الأم»، وهو ظاهر نصه في «الإملاء»، وهو الذي صححه الشيخ أبو حامد، والقائلون بالأول فرقوا بأن في المسألة المستشهد بها: الشهادة وقعت بأمر معلوم؛ فكان في التحليف عليه قدح في الشهود، وفي مسألتنا: [الشهادة][٥] اعتمدت الظن؛ فلا يخالفه[٦] وقوع خلافه.

نعم، لو شهدت البينة بتلف المال لم يحلف وجهًا واحدًا، وهو نظير المسألة المستشهد بها، وقد رجع حاصل القولين إلى أنه يحلف، لكن وجوباً أو استحبابًا؟ فيه القولان، وعلى ذلك جرى البندنيجي والمحاملي وابن الصباغ وغيرهم، وحكى في «الاستقصاء» طريقة أخرى، وصدر بها كلامه: أن في جواز تحليفه قولين.

[وإذا قلنا: يحلف، فهل واجبًا أو مستحبًّا؟ فيه قولان][٧].

---

(١) في أ: بالاعتبار.
(٢) في أ: ويكفيه.
(٣) في أ: يقف.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ: مخالفة.
(٧) سقط في أ.

ولا نزاع في أن رب الدين إذا قنع بالشهادة، ورضي بعدم اليمين أنه لا يحلف، ولو لم يصدر منه طلب اليمين ولا الرضا بتركها، فهل للحاكم تحليفه، ويكون من أدب القضاء؛ فيجب عليه حتمًا؟ فيه وجهان، أظهرهما: لا.

تنبيه: الغريم: هو الذي عليه الدين وغيره من الحقوق، ويطلق في اللغة - أيضًا - على صاحب الحق، والغَرَامة والغُرَم والمَغْرَم: ما وجب أداؤه، وقد غَرِم الرجل، وغَرَّمته، وأغرمته.

وأصله من: الغرام، وهو الدائم؛ ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّ عَذَابَهَا كَانَ غَرَامًا﴾ [الفرقان: ٦٥]، فسمي الغريم: غريمًا؛ لملازمته المَدِين[1] ودوامه.

أحلفوه: لغة، وحَلَّفوه: أخرى.

قال: وإن لم يعرف له مال حلف إنه لا مال له؛ لأن الأصل عدم ملكه المال، وخلّي سبيله؛ لأنه إذا حلف ثبت إعساره، والمعسر لا يحل حبسه؛ قال الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[البقرة: ٢٨٠]، وكما لا يجوز حبسه لا يجوز ملازمته؛ لما روى مسلم عن أبي سعيد الخدري، قال: أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمارٍ ابتاعها، فكثر دينه؛ فقال رسول الله ﷺ: «تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ»؛ فتصدقوا عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه؛ فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ»؛ وليس لكم إلا ذلك»[2]، وهذا ما حكاه العراقيون، وهو الصحيح عند المراوزة، ووراءه لهم ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يحبس إلى أن يقيم البينة على الإعسار.

قال الرافعي: لأن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئًا قل أو[3] كثر.

والثاني: أن الدين إن لزمه باختياره[4] كالضمان والصداق، فلابد من البينة، وإن لزمه بغير اختياره كإتلاف المال خطأ، فالقول قوله من غير بينة؛ لأن الظاهر أنه لا يشغل ذمته ولا يلزم ما لا يقدر عليه.

والثالث: إن كان الدين لزمه بمعاوضة، فلا بد من البينة، وإن لزمه بغير معاوضة،

---

(١) في أ: الدين.

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١١٩١) كتاب المساقاة، باب: استحباب الوضع من الدين، حديث (١٨/ ١٥٥٦).

(٣) في أ: أم.

(٤) في أ: كاختياره.

فلا يحتاج إليها، كذا حكاه القاضي الحسين وغيره، وهذا قد اعترض على قائله بأنه إذا كان عن معاوضة فقد عُرِف له مال؛ فكأنك قد أعدت ذكر المذهب؛ فإنه إذا عرف له مال لا يقبل قوله إلا بالبينة، وإن لم يعرف له مال قبل قوله بيمينه.

قلت: يجوز أن يريد هذا القائل المعاوضة التي ليست محضة كالنكاح ونحوه، [وكذا شراء القريب والإجارة](١)، دون الضمان ونحوه؛ فإن الظاهر أن الإنسان لا يقدم على تملك(٢) حق الغير إلا مع قدرته على مقابله؛لأن الإبقاء واجب عليه حتمًا، بخلاف الضمان؛ فإنه قد لا يطالب به فيتساهل فيه لذلك.

وقال الإمام: قد يخطر للفقيه حمل هذا الوجه على دين ثبت عوضًا، وكان ملتزمه يدعي أنه لم يقبض(٣) العوض(٤)، لا على أنه قبض المعوض، وادعى تلفه، لكنه ضعيف؛ فإنه إذا ثبت الملك في حق المعوض، فالظاهر قبضه، ونحن إنما لا نقبل قول من سبق له يسار بتأويل ادعاء زواله من جهة أن قوله يظهر الحلف، وزوال اليسار ممكن؛ فعدم قبض المبيع بهذه المثابة(٥).

واعلم أن الرافعي سوى في جريان الوجوه الثلاثة الأُوَل [في الحكم والتعليل](٦) بين ما ذكرناه، وبين ما إذا كان مع المحجور عليه مال، وقسم على الغرماء وبقي بعض الدين، وفي جريان الثاني منها في مسألة المحجور نظر؛ فإنه علله بأن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئًا قل أو كثر، وقد عمل هذا الظاهر، وتحقق بما قسم، وليس الظاهر أن الحر يملك مالاً كثيرًا، [حتى يقال: يفي(٧) منه](٨).

ثم حيث جرى الخلاف فيما ذكره، فيتجه على قياسه أن يجري فيما عرف له مال لا يفي بديونه، وشهدت البينة بتلف ذلك المال، وحينئذ لا ينتفي رفع الخلاف بشهادة تلف المال، إلا بأن يشهد من هو من أهل الخبرة بحاله بتلف جميع أمواله.

ثم على المذهب: إذا قبلنا قوله باليمين، قال الإمام: لست أرى قبول ذلك بدارًا(٩)، بل يظهر عندي تَأَنِّي القاضي في إطلاقه مع البحث الممكن عن أحواله، [والمذهب:

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ: ملك.
(٣) في أ: يقبل.
(٤) في د: المعوض.
(٥) في أ: المناسبة.
(٦) سقط في د.
(٧) في أ، جـ: بقي.
(٨) سقط في د.
(٩) في د: بداوًا.

القبول في الحال][1]، وحيث قلنا، لا يقبل قوله باليمين، فلو كان غريبًا لا يتأتى له إقامة البينة، قال الرافعي: فينبغي للقاضي أن يوكل [به][2] من يبحث عن منشئه ومنقلبه، ويفحص عن أحواله بحسب الطاقة، وإذا غلب على ظنه إفلاسه شهد به عند القاضي؛ كي لا تتخلد عليه عقوبة الحبس، وهذا ما أبداه الإمام فقهًا لنفسه.

فرع: إذا عاد الغريم بعد ثبوت الإعسار، وادعى أنه استفاد مالاً، وأنكر المديون - فالقول قوله مع يمينه، وعلى رب الدين البينة، فإن أتى بشاهدين شهدا بيساره لم تسمع هذه الشهادة حتى يبينا ما أيسر به، فإن قالا: رأينا في يده كذا، وهو ملكه - وفينا منه دينه عند امتناعه من الوفاء، ولا يستفسره، وإن قالا: رأينا في يده مالاً يتصرف فيه، وعيناه - ففي «الحاوي»: أنا لا نتصرف فيه حتى نستفسره عنه، كما سنذكره. وفي «الرافعي»: أنا نأخذه لرب الدين، فإن قال: هو لفلان وديعة أو مضاربة، وصدقه المقر له - فهو له. وفي «الذخائر» حكاية وجه: أنا لا نقبل إقراره إلا بالبينة، ونوفي منه الدين، [وقد حكاه في «المهذب» [و][3] أبو الطيب وغيره في كتاب الأقضية فيما إذا قامت بينة على أنه ملك [للغريم، فادعى الغريم أنه ملك][4] لغيره، وهو ما اختاره في «المرشد» ثَمَّ، وقال البندنيجي: إنه أصح][5].

وعلى هذا: للمقر له تحليف رب الدين، فإن نكل حلف المقر له، قاله في «الاستقصاء».

وعلى المذهب: هل لرب الدين تحليف المديون إنه لم يواطئ المقر له؟ فيه وجهان، أصحهما: المنع، وبه جزم الإمام، وعلى مقابله: إذا امتنع من اليمين حبس إلى أن يسلم المال أو يحلف، قاله ابن الصباغ. ولرب الدين تحليف المقر له، كما حكاه في «الاستقصاء» عن «الإيضاح».

وإذا نكل حلف رب الدين، وقضى له ببيعه، وتحليف المقر له، أبداه ابن الصباغ احتمالاً لنفسه، فإن كذبه المقر له صرف إلى رب الدين، ولا يلتفت إلى إقراره لإنسان آخر، وإن كان المقَر له غائبًا، قال المحاملي والرافعي: وُقِفَ حتى يحضر الغائب، فإن صدقه أخذه، وإلا أخذه رب الدين.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في د.

وفي «الشامل» و«الاستقصاء»: أن القول قوله مع اليمين، وسقطت المطالبة.

قال الإمام: وهذا من مَغاصات كتاب الدعاوى: أن يحلف في [حال][(١)] غيبة المقر له، ولا يحلف في [حال][(٢)] حضوره، فلو نكل عن اليمين.

قال الماوردي: ردت اليمين على الغرماء، فإن حلفوا لم يستحقوا المال، ولكن يحبس لهم المديون حتى يستكشف أمره، ولو لم [يقر ما][(٣)] في يده إلى أحد حلف الغرماء، واستحقوا حبسه دون المال، واستكشف القاضي عن أمره حتى يتبين، قاله الماوردي.

قال: وإن كان ماله لا يفي بديونه - أي: الثابتة عند الحاكم بالبينة، أو بإقراره - وسأل الغرماء الحاكم الحجر [عليه][(٤)]، **حجر عليه** - أي: وجوبًا- لما روى أبو داود عن عبد الرحمن بن كعب بن دينار: أن معاذ بن جبل لم يزل يدَّانُ حتى غَلِقَ ماله كله، فأتى غرماؤه إلى النبي ﷺ فطلب معاذ [إلى النبي ﷺ][(٥)] أن يسأل غرماءه أن يضعوا أو يؤخروا، فأبوا، فلو تُرِكَ لأحد من أجل أحد لترك لمعاذ من أجل رسول الله ﷺ قال: فباع النبي ﷺ ماله كله في دينه حتى قام معاذ بغير شيء[(٦)].

قال عبد الحق: وهذا وإن كان مرسلاً فهو أصح مما أسند فيه.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في أ، د: يغرما.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) أخرجه البيهقي (٦/ ٥٠) كتاب التفليس، باب: لا يؤاجر الحر في دين عليه، من طريق ابن وهب عن يونس بن يزيد عن الزهري: أخبرني عبد الرحمن بن كعب؛ أن معاذ بن جبل - وهو أحد قومه من بني سلمة - كثر دينه على عهد رسول الله ﷺ فلم يزد رسول الله ﷺ غرماءه على أن خلع لهم ماله.
وأخرجه الدارقطني (٤/ ٢٣٠) كتاب البيوع، حديث (٩٥)، والبيهقي (٦/ ٤٨) كتاب التفليس، باب: الحجر على المفلس وبيع ماله، من طريق هشام بن يوسف عن معمر عن الزهري عن ابن كعب بن مالك عن أبيه؛ «أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه بدين كان عليه».
وأخرجه البيهقي (٦/ ٤٨) كتاب التفليس، باب: الحجر على المفلس وبيع ماله، من طريق الزهري عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك عن أبيه قال: كان معاذ بن جبل رجلا حليما سمحًا من أفضل شباب قومه، ولم يكن يمسك شيئا، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله كله في الدين، فأتى النبي ﷺ فكلم غرماءه فلو تركوا أحدًا من أجل أحد لتركوا معاذًا من أجل رسول الله ﷺ، فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء.

وفي «الرافعي» و«المهذب»[(١)]: أن كعب بن مالك روى أن النبي ﷺ حجر على معاذ، وباع عليه ماله[(٢)].

ولأن في الحجر مصلحة للغرماء[(٣)]؛ فإنه قد يخص بعضهم بالوفاء فيتضرر الباقون، وقد يتصرف فيه فيضيع حق الجميع، ومن هذه العلة يستنبط أن المال لو كان مرهونًا امتنع الحجر، اللهم إلا أن يكون فيه رقيق، ونقول بنفوذ عتق الراهن، وهذا ما ظهر لي فقهًا، ولم أقف عليه منقولاً[(٤)][(٥)].

وإنما اعتبرنا سؤال الغرماء؛ لأن الحجر لحقِّهم، وهم أهل رشد، نعم، لو كانت الديون لمحجور عليهم، حجر الحاكم عليه من غير التماس؛ كما له استيفاء ديونهم، ولو كانت لغُيَّب[(٦)] لم يحجر؛ لأنه لا يستوفي ما لهم في الذمم.

ثم كيفية اللفظ الذي يقع به الحجر من القاضي، اختلف فيه أصحابنا:

فذهب البغداديون [منهم][(٧)] إلى أنه يقول: وقفت مالك، ومنعتك من التصرف فيه.

وقال البصريون: يقول له: حجرت عليه بالفلس؛ لأن الحجر يتنوع، والمنع من التصرف ووقف المال من أحكام الحجر؛ فلا يقع به الحجر، وهذا يشابه عدم انعقاد البيع بلفظ التمليك.

---

(١) في أ: والمذهب.

(٢) تقدم.

(٣) في أ، د: الغرماء.

(٤) في د: نقلًا.

(٥) قوله: ولأن في الحجر مصلحة الغرماء؛ فإنه قد يخص بعضهم بالوفاء فيتضرر الباقون، وقد يتصرف فيه فيضيع حق الجميع، ومن هذه العلة يستنبط أن المال لو كان مرهونا امتنع الحجر، اللهم إلا أن يكون فيه رقيق ونقول بنفوذ عتق الراهن، وهذا ما ظهر لي فِقْهًا، ولم أقف عليه منقولًا. انتهى كلامه.

وما ذكره من امتناع الحجر قد ذكر بعد ذلك في الكلام على النفقة على المفلس ما يخالفه، وسأذكر لفظه. ثم إن ما قاله إنما يأتي إذا قلنا: من شرط الحجر أن يكون له مال، فإن قلنا: لا يشترط حجر عليه قطعًا؛ لأن غاية الموجود أن يكون تعلق حق الغير به ألحقه بالمعدوم، واشتراط المال قد توقف فيه الرافعي في أول الباب فقال: يجوز أن يقال: لا حاجة إليه؛ بل مجرد الدين يكفي لجواز الحجر، منعًا له من التصرفات فيما عساه يحدث له باصطياد واتِّهاب، فإن كان كذلك فليفسر المفلس بالذي ليس له مال يفي بديونه؛ لينظم من لا مال له أصلا ومن له مال قاصر. هذا كلام الرافعي، ولم ينقل خلافه. [أ و].

(٦) في أ: لعيب.

(٧) سقط في د.

واعلم أن الشيخ ذكر صريحًا شرطين من شرائط الحجر، والثالث -وهو أن تكون الديون حالة -يقتضيه مساق كلامه من أول الباب، على أن في «النهاية» حكاية وجه: أنا إذا قلنا: تحل الديون بالإفلاس، أنه يجوز أن يحجر عليه بسببها.

ووراء ما ذكره الشيخ أمور:

منها: إذا كانت الديون مساوية[1] لماله، والرجل غير كسوب، أو لا يفي كسبه بنفقته، ونفقة عياله، أو فيه بَذْ[illegible] -فهذا قد ظهرت عليه أمارات الفلس، وفي جواز الحجر عليه وجهان:

أصحهما عند العراقيين، كما حكاه الرافعي، واختاره في «المرشد»: أنه لا حجر في الحال.

ومقابله -ذكر الماوردي أنه مأخوذ من نص الشافعي، فيما إذا تسلم المشتري المبيع، [وكان الثمن معه في البلد-: أنه [يحجر][2] عليه [في][3] المبيع، وجميع ماله، مع أن فيه وفاء بالثمن][4].

[وفي جواز الحجر عليه وجهان][5].

وقال الإمام: إنه المختار عند الأئمة.

قلت: ويظهر أن تكون مادة الخلاف أن المشرف على الزوال كالزائل كما تقدم، وقد أجرى العراقيون - مثل أبي الطيب وغيره - الخلاف فيما إذا كانت الديون أقل، وكان يغلب على الظن انتهاؤها إلى المساواة، ثم الزيادة على قرب بسبب كثرة الإنفاق، ورتبه الإمام وقال: هذا[6] أولى بالمنع، ولا خلاف أن دَخْله إذا وفى بَخْرجه لا يحجر عليه، اللهم إلا أن يمتنع من الوفاء، ففيه الخلاف السابق في أول الباب.

ومنها: إذا سأل بعض الغرماء الحجر، فينظر: إن كان دينه لو انفرد اقتضى الحجر أجيب إليه، ولا يكون قاصرًا عليه، بل يتعدى في حق سائر الغرماء، وإن كان لو انفرد لا يحجر عليه به، فوجهان:

الأظهر منهما: المنع.

واختيار الشيخ أبي محمد، وهو الذي يقتضيه إطلاق العراقيين: أنه يحجر عليه؛

---

(١) في د: متساوية.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في أ، د: وهذه.

كي لا يضيع حقه بتكاسل غيره، وفي «الجيلي» حكاية وجه: أن للحاكم الحجر عليه من غير طلب [والتماس][١].

ومنها: إذا لم يطلب الغرماء الحجر، وطلبه المديون، ففي إجابته وجهان، أظهرهما في الرافعي، وادعى الإمام أن عليه الأكثرين: أنه يجاب، لأن له فيه غرضًا ظاهرًا، وقد رأى العلماء أن الحجر على معاذ كان بالتماسه دون الغرماء، ورأى الإمام أنه كان بسؤال الغرماء، وقال في «الاستقصاء»: إن هذا الوجه ليس بشيء.

تنبيه: إذا كان من جملة مال المديون مبيع لم يقبض ثمنه، ولو قوم مع ماله وحسب[٢] ثمنه مع الديون، اقتضى ذلك ألا يحجر عليه.

ولو أخرج عن التقويم وثمنه عن الديون اقتضى ذلك الحجر -فهل يدخل في التقويم أم لا؟ فيه وجهان في «الحاوي» وغيره، وأصحهما عند العراقيين: الإدخال، وقد بناهما المتولي مع قولنا بالحجر عند مساواة المال الدينَ، على أنه هل يرجع البائع في عين ماله [والحالة][٣] هذه أم لا؟ فإن قلنا: يرجع فيها، لم تدخل، وإلا أدخلت.

قال:والمستحب أن يشهد على الحجر - أي: وينادي عليه - ليتسير إثباته عند من بعده من الحكام، ولتعرف الناس حاله، فإن عاملوه كانوا على بصيرة، وليس مع[٤] من [له][٥] عليه دين ممن لم يسأل فيحضر، وهذا ما ذهب إليه البغداديون من أصحابنا.

وحكى الماوردي أن البصريين من أصحابنا قالوا: من شرط ثبوت الحجر الإشهاد؛ لأن المقصود بهذا الحجر الشهرة، وإظهار الأمر فيه، ولا يكون مشهورًا إلا بالإشهاد، وأجري مجرى اللعان الذي قصد به الشهرة.

قال:وإذا حجر عليه لم ينفذ تصرفه في المال - أي: الموجود - بما يبطل به حق الغرماء من البيع، والرهن، والهبة، ونحو ذلك؛ [وذلك][٦] لتعلق حق الغرماء به كتعلق حق المرتهن، ولأنه محجور عليه بحكم الحاكم؛ فلا يصح تصرفه على

---

(١) في أ: التماس.
(٢) في أ: وجب.
(٣) سقط في أ.
(٤) في د: وليس.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ، د.

مراغمة مقصود الحجر كالسفيه.

وقد[١] يفهم من العلة الثانية: أن الحجر يتعدى لنفسه، حتى لا يصح منه بيع شيء في ذمته سلمًا، ولا شراؤه لشيء بثمن في ذمته كالسفيه، وهو قول حكاه الإمام. ومن العلة الأولى: أن الحجر لا يتعدى إلى ما يتجدد له من الملك بعد الحجر بسبب البيع، والشراء، والاحتطاب، والاحتشاش، وغير ذلك، بل يتصرف فيه[٢] كيف شاء، [وهو وجه رواه المراوزة][٣]، وأنه إذا باع ما وقع عليه الحجر، أو وهبه بإذن الغرماء نفذ تصرفه كما في المرهون، وهو في البيع احتمال أبداه الإمام، وجعله الغزالي أظهر الوجهين، وفي الهبة قول حكاه الشاشي عن الماوردي؛ قياسًا على هبة العبد بإذن سيده، والصحيح -وبه جزم العراقيون- صحة بيعه وشرائه بثمن في الذمة، وتعدي الحجر إلى ما يتجدد له من ملك.

ولنا قول آخر في أصل المسألة، [في المذهب الجديد، كما حكاه الإمام في كتاب الإقرار][٤]: أن تصرفه موقوف كتصرف المريض: فإن وفى ماله بديونه بسبب ارتفاع الأسواق، أو استفادة[٥] مال، أو إبراء بعض الغرماء- نفذ تصرفه، وإلا فسخ الأضعف فالأضعف، والأضعف الهبة، ثم البيع، ثم الوقف والكتابة والعتق.

قال الشيخ في «المهذب»: ويحتمل عندي أن يفسخ الآخِر فالآخِر، كما في تبرعات المريض. وفي «الحاوي»: أنه يبدأ من تصرفاته بنقض ما ليس في مقابلته عوض كالهبة والعتق، فإن لم يَفِ فسخت الكتابة قبل البيع، فإن لم يَفِ المكاتب نظر في البيع: فإن كان بدون ثمن المثل نقض، وإن كان بأكثر [من ثمن المثل][٦]، والثمن باقٍ أجيز العقد ولا ينقض.

وإن كان ثمنه قد أتلفه المشتري فسخ؛ لأن العين ترجع إلى الغرماء، ويبقى الثمن في ذمة المفلس، وإن كان قد باعه بثمن المثل، والثمن مقبوض تالف فسخ؛ لما ذكرناه.

وإن كان باقيًا نظر: إن زادات قيمة الثمن، أو نقص سعر المبيع لم ينقض، وإن كان

---

(١) في أ: ولم.
(٢) في أ: منها.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: إسناد.
(٦) سقط في د.

الآخر[1] باقيًا بحاله، فظاهر إطلاق الشافعي وأصحابه يقتضي أن يفسخ عليه، والصحيح عندي أنه لا يفسخ، وهذا ما حكاه صاحب «الاستقصاء» عن «الإيضاح»، وطرده فيما إذا وهب شيئًا، وكوفئ بمثله في أن الهبة لا تنقض، ولو لم يوجد من يشتري إلا ما أجزنا التصرف فيه وحث الغرماء على البيع، قال الإمام: فيه احتمال. والظاهر أن الغرماء يجابون فيباع، والمذهب القول الأول، وهو اختيار المزني، والفرق بين المفلس والمريض: أن المريض لا يتعلق بماله في الحال حق؛ بدليل أنه يجوز صرفه في شهواته وملاذِّه، ولا كذلك المفلس، وعلى القولين يجوز له الوصية به، وتدبير ما في ماله من العبيد، صرح به صاحب «الاستقصاء»، وألحق بهما [في][2] الصحة بيعه جميع ماله من جميع الغرماء بجملة ديونهم، وإن كان بغير إذن الحاكم على الأصح.

وحكي [أن][3] مقابله وجه ضعيف، وهو الذي نسبه الرافعي وغيره إلى أبي زيد، وقال: إنه الأظهر، وهو مبني على أن الديون إذا قضيت [لا يرتفع][4] الحجر بنفسه، والأول مبني على أنه يرتفع .

قال الرافعي: ولك أن تقول: وجب ألا يجزم بصحة البيع، وإن قلنا بسقوط الدين يسقط الحجر؛ لأن صحة البيع إما أن تفتقر إلى تقدم ارتفاع الحجر أو لا، فإن كان الأول وجب أن يجزم بعدم الصحة؛ للدَّوْر؛ فإنه لا يصح البيع ما لم يرتفع الحجر، [ولا يرتفع الحجر][5] ما لم يصح البيع، وإن لم يفتقر فليخرج على الخلاف فيما إذا قال: كلما ولدتِ ولدًا فأنتِ طالق، فولدت ولدًا بعد ولد: هل تطلق بالثاني؟ واستيلاد المفلس هل ينفذ؟

مقتضى ما قاله الأصحاب من عدم نفوذ عتقه في الحال على القولين، أن يكون كذلك إذا قلنا: إن استيلاد الراهن كعتقه، أو قلنا: إنه مرتب عليه، وأولى بألا ينفذ، وإن قلنا: أولى بأن ينفذ، ففيه هاهنا نظر.

مقتضى ما حكاه الماوردي من القولين في أن هذا الحجر حجر سفه أو حجر

---

(١) في جـ: الأمر.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ، د.
(٤) في جـ: لارتفع.
(٥) سقط في أ.

مرض: أن[١] ينفذ في الحال وجهًا واحدًا؛ لأن المريض ينفذ استيلاده من رأس المال، وكذا[٢] السفيه، والله أعلم.

فرع: لو اشترى شيئًا بشرط الخيار، أو وباعه، ثم حجر عليه، فهل له الفسخ والإجازة؟ ينظر: إن كان له الحظ في أحدها ففعله نفذ، وإن كان الحظ في خلافه فثلاثة طرق:

أظهرها -وهو ظاهر النص-: أن ذلك نافذ؛ لأنه ليس بتصرف مستجدٍّ، وإنما يمنع المفلس من التصرفات المنشأة.

والثاني: لا ينفذ كما في الرد بالعيب، وهذا[٣] ما ذهب إليه ابن أبي هريرة [وأبو إسحاق، كما نقله في «المهذب»،][٤] واختاره في «المرشد»، وقال الماوردي: إنه لا وجه له، والقائل الأول فرق بأن الملك في زمن الخيار ضعيف، بخلاف العيب.

والثالث: أن ذلك ينبني[٥] على أقوال الملك، فإن قلنا: لا ملك [له][٦]، نفذ فسخه [إن كان مشتريًا][٧]، وإجازته [إن كان بائعًا][٨]، وإن قلنا: الملك له، نفذ منه ما يقتضي استدامة ملكه دون ما يزيله.

تنبيه: احترز الشيخ بقوله: لم ينفذ تصرفه في المال، عن نفوذ تصرفه في النكاح والطلاق، واستيفاء القصاص والعفو عنه، واستلحاق النسب ونفيه، وكذا إقراره بالمال، لكن فيه تفصيل: فإذا أقر بمال لزمه قبل الحجر، وأخذناه به بعد فك الحجر، وهل يشارك المقر له به الغرماء؟ فيه قولان منصوصان في «المختصر»، وهما يجريان فيما لو أقر بعين في يده أنه غصبها أو استودعها، أو استعارها، أو استؤجر على العمل فيها وكان صباغًا أو صائغًا، والأصح القبول.

وجعل الإمام الخلاف في الإقرار بالعين محكيًّا[٩] عن القديم، وأن الأئمة ألحقوا الإقرار بالدين [المرسل][١٠] بالعين، وتبعه الغزالي في ذلك.

[فإن قبلنا إقراره بالعين سلمت إلى المقر له، وإن لم نقبله وفضلت سلمت إليه

---

(١) في د: أو.
(٢) في د: وكذلك.
(٣) في أ، جـ: وهو.
(٤) سقط في د.
(٥) في أ: مبني.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في د.
(٨) في أ: إن كان باقيًا، وسقط في د.
(٩) في أ: يحكى.
(١٠) سقط في د.

أيضًا، وإلا فالغرم في ذمته، كذا قاله الرافعي وغيره هنا.

وفي «النهاية» و«تعليق» القاضي الحسين في كتاب الإقرار: أنه إذا أقر بالعين، فإقراره غير مقبول على الغرماء، حتى لو مست الحاجة إلى صرف تلك العين إلى الديون صرفناها.

نعم، إذا فضلت(١) بعد فك الحجر، هل تسلم للمقر له؟ فيه قولان.انتهى.

وعلى قياس هذا يتجه أن يجيئا في الغرم - أيضًا - وفي الدين(٢)، وبذلك يحصل في المسألة طريقان](٣).

وإن أسند الدين إلى ما بعد الحجر: فإن كان عن معاملة فلا يضارب الغرماء. كذا قاله الأصحاب، وفيه [نظر](٤) يظهر لك من بعد. وإن كان عن إتلاف أو خيانة، فأصح الطريقين: أنه كما لو أسنده إلى ما قبل الحجر، والثاني: أنه كما لو قال: عن معاملة، [وهذا ما حكاه الماوردي](٥).

[قلت: ويشبه أن يكون الخلاف مبنيًّا على ما لو ثبت ذلك بالبينة، ومذهب العراقيين: المشاركة، والمحكي عن القاضي الحسين عدم المشاركة، [وهو ما ادعى الإمام في كتاب الإقرار: أنه المذهب، والقاضي: أنه أقيس الوجهين](٦). فالطريقة الأولى ماشية على ما ذهب إليه العراقيون، والثانية على ما حكي عن القاضي.

ولو أقر بما يوجب القصاص، فعفا المستحق على مال - قال في «التهذيب»: هو

---

(١) في أ: فصلت.

(٢) قوله: ولو أقر بعين أو دين وجب قبل الحجر قبل إقراره في الأصح، فإن لم يقبل إقراره ففضلت العين بعد فك الحجر فهل تسلم إلى المقر له؟ فيه قولان في كتاب الإقرار من «النهاية» و«تعليق» القاضي الحسين. ثم قال: وعلى قياس هذا يتجه أن يجيئا في الغرم - أيضا - وفي الدين. انتهى كلامه.

وهو يقتضي أنه لم يقف على نقل في هذه المسألة، وقد صرح بها الغزالي في كتاب الإقرار من «البسيط»، وحكى فيها الخلاف الذي حاول تخريجه، إلا أنه ذكر ذلك في الدين خاصةً، فقال ما نصه: وإن أقر بدين معاملة لم يثبت للمقر له مضاربة الغرماء أصلا، ويؤاخذ به بعد انفكاك الحجر، وذكر الإمام في ذلك بعد انفكاك الحجر خلافًا، وزيفه، ولم يذكره في كتاب التفليس. هذا لفظ «البسيط» بحروفه. [أ و].

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في د.

كما لو أقر بدين جناية. وقطع بعض شارحي «المختصر» بالقبول][1].

قلت: وقد[2] تقدم لنا كلام فيما إذا أقر العبد المرهون بما يوجب القصاص، وعُفِي عنه على مال، ويتجه أن يجيء مثله هاهنا[3].

فرع: لو ادعى على المفلس بمال لزمه قبل الحجر، فأنكر ولم يحلف، حلف المدعي، وشارك الغرماء إن قلنا: إن اليمين مع النكول بمنزلة البينة، وإن قلنا: كالإقرار، ففي المشاركة القولان. هكذا حكاه معظم الأئمة هنا، وسيأتي في كتاب الأقضية - إن شاء الله تعالى - أنا إذا قلنا: إن يمين المدعي مع نكول الخصم كالبينة، فذاك إذا لم يتعدَّ الثالث[4]، أما إذا تعدى فالأصح أنا لا نعاملها معاملة البينة في حقه، وقد حكى المتولي هذا وجهًا هنا.

قال: فإن لم يكن له كسب أنفق عليه وعلى عياله -أي: من زوجاته، و[أم][5] ولده، وقريب تلزمه نفقته، إلى أن ينفك عنه الحجر:

أما الإنفاق عليه؛ فلقوله ﷺ: «ابْدَأْ بِنَفْسِكَ، ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ»[6]، وممن يعول: الزوجة، ونفقتها دين ثابت في الذمة، وقد قدم نفقته عليها، دل على تقدمها على الديون، ولأنه إذا لم يكن ذا مال وجبت نفقته على كافة المسلمين؛ فوجب إذا كان له مال أن يقدم بالإنفاق منه [بطريق][7] الأولى[8].

وأما الإنفاق على الأقارب؛ فلأنهم يجرون مجراه في وجوب الإنفاق قبل الحجر، وعتقهم إذا ملكهم؛ كما يعتق إذا ملك نفسه؛ فوجب أن يقدم نفقتهم بعد الحجر كما يقدم نفقته، ووجه الرافعي ذلك بأن المفلس موسر بالمال قبل القسمة، وإذا ثبت تقديم نفقة الأقارب على وفاء الدين كان تقديم نفقة الزوجات أولى؛ لأنها تقدم على نفقة الأقارب مع أنها دين.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: وهذا.
(٣) في أ، د: هنا.
(٤) في أ، د: لثالث.
(٥) سقط في د.
(٦) تقدم.
(٧) في د: من طريق.
(٨) قوله: ولأنه إذا لم يكن ذا مال وجبت نفقته على كافة المسلمين؛ فوجب إذا كان له مال أن يقدم بالإنفاق منه بطريق الأولى. انتهى كلامه.
وما قاله منقوض بالمرهون والعبد الجاني؛ فإن مالكهما لا ينفق عليه منهما، وقد صرح الإمام هنا أنه إذا لم يكن للمفلس سوى المرهون لا ينفق عليه منه. [أ و].

والمراد بالنفقة: قوت مثله الذي لا يستغنى عنه، ولا يعتبر في ذلك شهواته وملاذُّه. وما الواجب من نفقة الزوجات؟ قال الإمام: نفقة المعسرين. قال الرافعي: وفي التجريد للقاضي الروياني: أنه ينفق عليهن نفقة الموسرين، وهذا قياس الباب، ولو كان ينفق نفقة المعسرين لما أنفق على الأقارب.

قلت: ما ذكره الإمام هو الحق، وعليه ينطبق [أكثر ما قيل في](1) حد المعسر [في النفقات](2)، بل كله كما ستقف عليه.

ووجوب نفقة القريب قد حكى الزبيلي(3) من أصحابنا في «أدب القضاء» له: أنه لا ينفق على ولده، والدين أولى منه؛ لأن نفقة الولد مواساة والدين لازم، وعلى تقدير تسليم الحكم - كما ادعى الإمام اتفاق الأصحاب عليه - فهو مشكل.

تنبيه: محل وجوب الإنفاق على الزوجة إذا كانت في العصمة قبل الحجر، أما إذا تزوجها بعد الحجر فلا ينفق عليها من المال، صرح به المتولي والرافعي في كتاب النكاح، والفرق: أن القياس يقتضي أن ما عدا نفقة يوم الحجر لا يجب للزوجة على الجديد، ولا للقريب [فيه](4)؛ لأنها تجب يومًا فيومًا، والحال الذي يجب فيه المال قد سبق تعلق حقوق الغرماء به؛ فأشبه ما إذا كان مرهونًا خالصًا(5).

ذلك فيما إذا كانت الزوجة متقدمة؛ لأنها سبب الوجوب، فأقمناها مقامه، وكذلك القرابة، وذلك منتفٍ فيما إذا تأخرت الزوجية؛ فأعملنا القياس.

فإن قيل: مقتضى ما ذكرت ألا تجب نفقة قريب تجدد بعد الحجر.

قلت: تجدده كالأرش(6) [يتقاعد عن](7) جناية صدرت [من عند المفلس](8) بعد تعلق حق الغرماء به، ومع هذا يقدم عليهم؛ كي لا يضيع حقه؛ فكذلك هنا.

ثم وجوب الإنفاق على الأقارب لك أن تستنبط منه أن سكنى المفلس وملبسه، وما ينام عليه ويستعمله في وضوئه وأكله وشربه - مما(9) لا غنى لمثله عنه- يخرج من المال

---

(1) سقط في د.
(2) سقط في د.
(3) في جـ: الرملي.
(4) سقط في د.
(5) في جـ: خالفنا.
(6) في أ: لا أرش، وفي د: كأرش.
(7) سقط في د.
(8) في أ: عنه من المفلس.
(9) في جـ، د: لما.

أيضًا؛ لأنه إنما يجب على القريب إذا فضل عن ذلك، كما ستقف عليه في النفقات.

وقد صرح الأصحاب بوجوب الكسوة، وحكى المتولي -وتابعه الرافعي- أنه لا يترك له الفُرُش والبُسُط، ويسامح باللبد والحصير القليل القيمة. ثم الكسوة لا يقتصر فيها على زمن الحجر ويوم القسمة كما يفعل في النفقة، بل يعطي إن كان في فصل الصيف كسوة الصيف: قميص وسراويل[١]، ومنديل، ومكِعْب، ودُرَّاعة [يلبسها فوق القميص][٢]، وطيلسان، وخف، إن كان عادته ذلك.

وإن كان [في فصل الشتاء][٣]، أعطى [مع][٤] ما ذكرناه: جبة أو ما يليق به من فرو وغيره، وتوقف الإمام في الخف والطيلسان، وقال: إن تركهما لا يخرم[٥] المروءة، وذكر أن الاعتبار[٦] بما يليق بحاله في إفلاسه، لا في بسطته وثروته.

قال الرافعي: لكن المفهوم من كلام الأصحاب أنهم لا يساعدونه عليه، ويمنعون قوله: إن تركهما لا يخرم المروءة.

ولا يجمع له بين كسوة فصلين في وقت واحد. وحكم العائلة فيما ذكرناه حكمه، وكذا حكم كفنه وكفن قريبه وأم ولده وزوجته [على رأي - يخرج من المال، وفي قدر المخرج ثلاثة أوجه:

أضعفها - وهو ما رواه الإمام عن أبي إسحاق][٧]-: ما يستر العورة.

وثانيها: ثوب واحد.

وثالثها: ثلاثة أثواب كما في حال الحياة، وهو الأصح.

فرع: إذا[٨] كان على المفلس[٩] ثياب فوق ما يصلح لمثله بيعت، وأعطي ما يليق بمثله[١٠]، وكذا الحكم في أم ولده؛ لأن ذلك ملكه، بخلاف الزوجة والقريب إذا كساهم قبل الحجر ذلك وبقي؛ لأنهما ملكا ذلك قبل الحجر. ولو كان من عادة

---

(١) قوله: بل يعطى في فصل الصيف كسوة الصيف: قميص، وسراويل ... إلى آخره.
أهمل العمامة، ولا خلاف في وجوبها. [أ و].

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في د.

(٥) في جـ: مخرج.

(٦) في أ: الإخبار.

(٧) سقط في د.

(٨) في جـ: لو.

(٩) في جـ: المسلم.

(١٠) في جـ، د: به.

المفلس أن يلبس قبل الإفلاس دون ما يليق به تقتيرًا، لم يزد عليه في حال الحجر، ولا خلاف على[(١)] المذهب: أنه لا يترك له رأس [مال][(٢)] يكتسب به، وإن كان جهة اكتسابه التجارة، وحكى الإمام في كتاب الحجر: أن العراقيين حكوا عن ابن سريج أنه يخلف عليه رأس ماله الذي بالتجارة فيه يتبلغ ويتوصل إلى تحصيل قوته في مستقبل الزمان إذا كان لا يحسن الاكتساب إلا من هذه الجهة؛ كما يخلف له دست ثوب يليق بمنصبه، وأنهم غلَّطوه وزَّيفوه، وإن الأمر على ما ذكروه.

[فرع: في «فتاوى» العبادي: إذا كانت له كتب علم، وهو عالم، وللكتب قيمة - أنها لا تباع في الدين، وتباع المصاحف فيه؛ لأن كتب العلم علم، ويحتاج إليها الناس][(٣)].

واعلم أن ما ذكروه[(٤)] ظاهر فيما إذا كان بعض ماله لم يتعلق به حق لمعين[(٥)]، أما إذا تعلق بجميع ماله حق معين: إما بسبب الحجر، أو بغيره، أو بهما كالأعيان المبيعة التي لم تقبض أثمانها، والرهون، والرقاب التي تعلقت بها أروش الجنايات - ففي «النهاية»: [أنه][(٦)] إذا لم يكن له سوى المرهون، لا ينفق عليه وعلى عياله منه، وغير المرهون لم أقف فيه على نقل، والقياس: أن يلحق بالمرهون في ذلك، ويؤيده قول جمهور أصحابنا في مؤنة تجهيز الميت ودفنه: إنها لا تخرج[(٧)] من عبده الجاني أو

---

(١) في أ: في.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في ج.
(٤) في ج: ذكرناه.
(٥) في أ: لعين.
(٦) سقط في ج، د.
(٧) قوله: واعلم أن ما ذكرناه - أي من النفقة عليه وعلى عياله - ظاهر فيما إذا كان بعض ماله لم يتعلق به حق لمعين، أما إذا تعلق بجميع ماله حق معين، إما بسبب الحجر، أو بغيره، أو بهما كالأعيان المبيعة التي لم تقبض أثمانها، والرهون والرقاب التي تعلقت بها أروش الجنايات - ففي «النهاية»: أنه إذا لم يكن له سوى المرهون لا ينفق عليه وعلى عياله منه. وغير المرهون لم أقف فيه على نقل، والقياس: أن يلحق بالمرهون في ذلك، ويؤيده قول جمهور أصحابنا في مؤنة تجهيز الميت ودفنه: إنها لا تخرج. انتهى كلامه.
فيه أمران:
أحدهما: أن ما قاله صريح في الحجر عليه إذا كان ماله مرهونًا، وقد تقدم في أول الباب ما حاصله: أنه لا يحجر عليه؛ فراجعه.
الأمر الثاني: أن هذا النقل عن الإمام لو صح لكان صريحا في نقل هذه المسألة المهمة، لكنه غير صحيح، ولم يصور الإمام المسألة في المفلس، بل ذكر مسألة مستقلة؛ فإنه قال: وكان لا يمتنع أن =

المرهون، أو الذي اشتراه ولم يوفِّ[١] ثمنه، وقد مات مفلسًا. وقد حكى الشيخ أبو محمد في «الجمع والفرق» عن بعض مشايخنا: أن الميت يقدم على حق المجني عليه، وحق المرتهن، وإن لم يخلف مالاً سواه. ويظهر جريان مثله هاهنا؛ لأن الميت أحوج إلى براءة الذمة من الحي، وكذلك في الصورة الثالثة؛ لأنه إذا قدم على من يقدم حقه، فأولى أن يتقدم على من تساوى معه في ثبوت الحق، والله أعلم.

وأما إذا كان له كسب يفي بنفقته، ونفقة عياله، واكتسب - صرف ذلك إليهم، فإن لم يَفِ بالنفقة كمل من المال، وإن لم يكتسب.

قال في «التتمة»: لا ينفق عليه من المال حتى يكتسب.

قلت: والذي يظهر [أن مراده][٢] أن حكمه حكم من لم يكن له مال، وستقف على ما قيل في تكليفه الاكتساب للنفقة في النفقات، فإن لم نوجبه عليه؛ اتجه أن ينفق من المال.

قال: وإذا أراد الحاكم بيع ماله أحضره، أو وكيله، وأحضر الغرماء - أي: استحبابًا - لأن ذلك أنفى للتهمة، والمالك أخبر بثمن أمواله وصفاته، فإذا أحضر أخبر بذلك، وكان سببًا لزيادة في الأثمان، وقد يطلع فيه على عيب فيخبر به؛ حتى لا يقع البيع متعرضًا للفسخ، وإحضار الغرماء؛ لاحتمال أن يرغب أحدهم في شراء شيء فيكثر طلابه، وذلك يزيد في الثمن.

قال الماوردي: والأولى أن يتولى المفلس البيع أو وكيله بإذن الحاكم؛ ليقع الإشهاد عليه، وتطيب نفس المشتري والبائع، ولا يحتاج إلى إقامة البينة على أن ما يبيعه ملك له، بخلاف ما إذا باع الحاكم، أو أذن لمن يبيع[٣]؛ فإن شرطه أن يثبت

= يلتحق المفلس - أي في نفقة الأقارب - بالفقير الذي لا مال له، ولكن أجمع الأصحاب على ما ذكرناه؛ فليثق الطالب بما نقلناه. ولو كان عليه دين وقد رهن به مالا لا يملك غيره، لا ينفق عليه ولا على أهله وأولاده منه؛ فإن المرهون خارج عن حكم تصرفه إلى الانفكاك، والأموال باقية على حق المحجور، ولكنه بالحجر محمول على أن يبتدر صرفها إلى دين. هذا كلام الإمام، وحاصله: أنه حاول فرقا بين مسألتين مستقلتين، ولم يذكر أن هذا المرهون حجر عليه، والذي أوقع المصنف في الوهم أنه توهم أن قوله: «ولو كان عليه» عائد على المفلس، وغفل عن عادة الأصحاب في ترجمة المسائل بذلك، وكيف يتصور ألا يكون عليه دين حتى يأتي بهذه العبارة؟! [أ و].

(١) في أ: يوقف. (٢) سقط في د.

(٣) في د: يبيعه.

عنده أنه ملك للمفلس بالبينة، كما حكيناه عنه من قبل.

قال: وباع كل شيء في سوقه؛ لأن أهل سوقه فيه أرغب، والمشتري هناك أكثر، والتهمة منه أبعد، وهذا إذا لم يكن في نقله كبير مؤنة، أما إذا احتاج إلى مؤنة كبيرة في نقله، ورأى الحاكم من المصلحة ألا يحمله إلى سوقه، ويستدعي أهل السوق إليه - فعل، قاله[1] الماوردي.

ولو باع الشيء في غير سوقه جاز، كما صرح به القاضي أبو الطيب والمتولي، لكن بثمن المثل؛ إذ هو الشرط في بيع مال المفلس، وكذا كونه حالاً، ومن نقد البلد، وإن لم يكن ما على المفلس من جنسه، ويشتري لهم من جنسه.

قال المتولي: وإن وجد الرضا[2] من المفلس والغرماء [بالبيع][3]، بغير نقد البلد، [جاز، وحكى الرافعي في كتاب الوكالة: أن الحاكم لو رأى المصلحة في البيع بمثل حقوقهم جاز، وأن حكم بيع الحاكم المال المرهون هكذا][4]، ولا يسلم المبيع إلا بعد قبض الثمن، ويجبر المشتري عليه على النص، ووراءه شيء آخر مذكور في آخر باب اختلاف المتبايعين.

قال: فإن لم يوجد من يتطوع بالنداء، استؤجر من خمس الخمس من ينادي؛ لأنه من المصالح، وهل يجوز أن يؤخذ من أربعة أخماس الفيء، فيه قولان في «الحاوي».

قال: فإن لم يكن - أي: خمس الخمس- أو كان ولكن ثم ما هو أهم من ذلك، أو منع منه استؤجر من مال المفلس؛ لأن ذلك واجب عليه وهو - أيضًا - من مصلحة ملكه؛ فهو كنفقة العبد والدور قبل أن تباع، ومقدم[5] بذلك على سائر الغرماء، وإن كان وجوبه حادثًا بعد الحجر؛ لأجل المصلحة، وهكذا يفعل في أجرة الكيال، والوزَّان، وكراء[6] البيت الذي يحفظ فيه المتاع، والأولى أن يكون تقدير الأجرة من الغرماء، كما قال المتولي؛ لأن ذلك ينقص حقوقهم، فإن أبوا دفع الحاكم أجرة المثل.

قال الماوردي: ولو رأى الحاكم ألا يستأجر، ويجعل للمنادي جُعْلاً مشروطًا، أو أجرة المثل جاز، وهذا هو المشهور، وفي «تعليق» القاضي أبي الطيب: أن المنادى

---

(١) في أ: قال.
(٢) في أ: القاضي.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: ويقدم.
(٦) في أ، د: وكذا.

يعطى من خمس الخمس كأجرة الكيال والدلاَّل، فإن لم يكن طلبنا من تبرع، فإن لم نجد كان من مال المفلس.

قال: وبدأ[١] **بما يسرع إليه الفساد - [أي]**[٢]: كالطعام الرطب، والفواكه، والبقول ونحو ذلك- حراسة له عن الهلاك، ثم بالحيوان؛ لأنه يحتاج إلى مؤنة مع تعرضه للتلف، ثم بالعقار - أي: إن لم يكن ثم غيره من الأثاث- لأنه لا يخشى عليه الهلاك كغيره، ويؤمن من سرقته، ولأن العقار ليس له سوق يباع فيه، ويحتاج إلى التأنِّي في بيعه حتى ينتشر في الناس بيعه؛ فيتوفر طلابه، وذلك سبب في زيادة ثمنه، ولا يزاد في التأني على ثلاثة أيام، ولا ينادى عليه، بل يعرض.

قال الشافعي: وإن كان بقرب البلد الذي فيه العقار بلد يرغب أهله في شراء العقار، أنفذ إليهم وأعلمهم ليحضروا ويشتروا، كذا حكاه المحاملي، وفي التتمة: أن الحاكم إذا رأى أن ينادي عليه فعل.

أما إذا كان ثم غير العقار من المنقولات قدم بيعه عليه، ويقدم بيع الثياب على بيع النحاس والصفر، وإن كان مع العقار أرضون قدم بيع العقار عليها؛ لأن العقار قد يخاف عليه من هدم أو حريق. قاله الماوردي.

ووراء ذلك أمور:

أحدها: حكى المتولي أن المرهون من الأموال يباع أولاً، ثم ما يسرع إليه الفساد.

الثاني: حكى الإمام أن الحيوان يبدأ ببيعه، ثم بما يسرع[٣] إليه الفساد.

الثالث: حكى الماوردي، والمحاملي، وغيرهما في موضعٍ: أن أول ما يباع المرهون، ثم العبد الجاني، وسكتوا عن الذي يليهما، ثم قالوا في موضع آخر: أول ما يباع ما يسرع إليه الفساد، كما ذكرنا.

وأحسن القاضي أبو الطيب في «تعليقه» إذ بين ذلك فقال: قد ذكرنا أنه يبدأ ببيع المرهون[٤]، والعبد الجاني، إذا لم يكن في ماله ما يخاف هلاكه، أما إذا كان فيقدم بيعه، ثم المرهون والعبد الجاني، ثم الحيوان.

ولا فرق في العقار بين أن يكون معدًّا لسكنه -وهو سكن مثله- أو لا، وكذا لا

---

(١) في جـ: وابدأ، والتنبيه: ويبدأ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: يتسارع.
(٤) في أ: بالمرهون.

فرق في الرقيق بين أن يكون المفلس محتاجًا إليه للخدمة؛ بسبب منصبه أو زَمانته أو لا، وبهذا جزم العراقيون، وحكى المراوزة أنه خُرِّج قولٌ في مسكنه وخادمه: أنهما لا يباعان، [من نصه على أنهما لا يباعان][١] في الكفارة، كما خُرِّجَ منهما قولٌ: أنهما يباعان في الكفارة، والمذهب: تقرير النصين، والفرق أن للكفارة بدلاً ينتقل إليه، وهو الصوم، والدين بخلافه.

قال الإمام: والمسكن أولى بالإبقاء من الخادم؛ فينتظم أن يترتب، ويقال: فيهما ثلاثة أوجه، ثالثها: يبقى المسكن دون الخادم.

وإذا قلنا بإبقاء ذلك له، فلو لم يكن في ملكه اشتري له على أصح الوجهين.

فرع: إذا كان له أم ولد، و[٢] ضيعة موقوفة عليه، فهل تؤاجر؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ كما لا يؤجر المفلس إذا كان مكتسبًا، بلا خلاف في المذهب.

والثاني-: وهو الصحيح في «الاستقصاء»، والذي حكاه القاضي أبو الطيب في أم الولد عند الكلام في أن المفلس لا يؤجر-: نعم؛ كما لو استأجر دارًا بأجرة معجلة، ثم أفلس؛ فإنها تؤجر عليه.

قال: وقسم - أي: الثمن - بين الغرماء على قدر ديونهم[٣]؛ توخيًّا لإنصافهم، ولا يكلف الغرماء إقامة البينة على أن لا غريم سواهم. قال صاحب «التقريب»: بخلاف الورثة؛ فإنا قد نقول: لا يقسم الحاكم التركة[٤] بينهم حتى يقيم بينة خبيرة بباطن أمر المتوفى: أنهم لا يعرفون له وارثًا سواهم؛ لأن الحجر يشتهر أمره؛ فيغلب على الظن أن لو كان غريمٌ[٥] لظهر، [وفرق الماوردي بأن الغريم تعذر أن يستحق جميع المال، وإن كان ثم غريم غائب بإبراء الغائب أو عفوه عن حقه، وليس كذلك الوارث؛ فإن الغائب لو أراد إسقاط حقه لم يسقط [حقه][٦]][٧].

قال الإمام: وما ذكره [صاحب «التقريب»][٨] حسن، ولكن لا فرق عندنا بين القسمة على الغرماء، والقسمة على الورثة؛ فحيث نقول: لا بد من إقامة البينة على أن لا وارث، فلا بد من مثله في القسمة على الغرماء. وكيفية القسمة: أنه إذا كان

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ، د: أو.
(٣) في جـ: حقوقهم.
(٤) في أ: الشركة.
(٥) في أ: غيرهم.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في د.

لأحدهم عشرة، ولآخر عشرون، ولآخر ثلاثون - دفع لصاحب الثلاثين النصف من المتحصل، ولصاحب العشرين الثلث، ولصاحب العشرين السدس، وهكذا يفعل فيما إذا كانت ديونهم(١) من غير النقدين، وتقسم على قدر القيم.

ثم الديون التي يقسم المال عليها هي الثابتة عند الحجر، أو المتجددة بسبب إتلاف أو جناية، كما ذكرناه، أما ما تجدد عن قرض أو ثمن مبيع، فلا يقسم عليه شيء من المال الذي تناوله الحجر، وهل يقسم المبيع بين البائع وبين الغرماء [إذا طرد الحجر إليه](٢)؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يشاركهم فيه أيضًا؛ بل حقه في ذمتهم(٣) إلى يساره؛ لرضاه بذلك أو تقصيره، وهذا ما يفهم من كلام العراقيين.

والثاني: أنه يشاركهم فيه، كذا(٤) حكاه الإمام والغزالي في «البسيط»، وكلامه في «الوسيط» و«الوجيز» يفهم المشاركة في جميع المال على وجه؛ فإنه قال: والثاني يضارب؛ لأنه أدخل في ملكه شيئًا جديدًا بدينه الجديد، وعلى ذلك جرى الرافعي.

فإن قلنا به، اتجه أن يكون في قبول إقرار المفلس بدين مُسْنَدٍ إلى ما بعد الحجر - بسبب مبيع في يده - القولان السابقان، وهذا ما أشرت إليه من قبل.

ولو تجدد دين بسبب خروج بعض ما أبيع مستحقًّا، وقد تلف ثمنه في يد الحاكم - فإنه من ضمان المفلس؛ ففيه طرق:

إحداها: [حكاية قولين:

أحدهما - وهو ظاهر نصه في «المختصر»، وفي «حرملة» على ما حكاه المحاملي-: أنه يقدم به على سائر الغرماء.

والثاني: أنه يشاركهم [فيه](٥) كما في أرش الجناية، وهذا ما حكاه الربيع، وحرملة على ما حكاه البندنيجي وغيره، [في كتاب الرهن، وصححه، وكذا هو](٦) الأصح في «مجموع» المحاملي، والأظهر عند عامة الأصحاب.

والثانية: القطع بالقول الأول، وبها جزم في «الوسيط».

---

(١) في جـ: حقوقهم.
(٢) في أ: عليه.
(٣) في أ: ذمته.
(٤) في أ، د: هكذا.
(٥) سقط في أ، د.
(٦) في د: وهو.

والثالثة - حكاها العراقيون-: أن المسألة على حالين: فمن قال بالتقديم محل قوله إذا لم يكن الحجر [قد فُكَّ، ومن قال بالمضاربة محل قوله إذا كان][(١)] قد فك عنه الحجر، وليس له في الحال مال فيثبت[(٢)] حقه في ذمته، فإذا استفاد مالاً، وحجر عليه، كان صاحب الثمن أسوة الغرماء، ونظير طريقة القولين: ما إذا باع شيئًا قبل الحجر، ثم رد بعد الحجر؛ بسبب عيب.

ولو استأجر منه دارًا بأجرة معجلة، وانهدمت بعد الحجر في أثناء المدة - فللمستأجر أجرة ما بقي من المدة، وهل يضارب بها؟ ينظر: إن كان الانهدام قبل القسمة ضارب، وإن كان بعدها فوجهان، أصحهما في «مجموع» المحاملي: المضاربة.

واعلم أن وقت القسمة حين يجاز بيع الأموال وحيازة أثمانها إن رضي الغرماء بالتأخير إلى ذلك الوقت، أو لم يمكن قسمة ما يتحصل أولاً فأول، أما إذا أمكن، وامتنع الغرماء من التأخير، أطلق القاضي أبو الطيب والمحاملي والإمام وغيرهم القول بإجابتهم.

وفي «الحاوي» أنهم لا يجابون؛ لاحتمال أن يظهر غريم لم يطلع عليه، وهذا ما قال الرافعي: إنه الظاهر[(٣)].

ولا نزاع في أن الغريم لو كان واحدًا سلم إليه ما يتحصل[(٤)] أولاً فأول؛ لأنا حيث

---

(١) سقط في أ. (٢) في د: فثبت.

(٣) قوله: واعلم أن وقت القسمة حين يجاز بيع الأموال وحيازة أثمانها إن رضي الغرماء بالتأخير إلى ذلك الوقت، أو لم يمكن قسمة ما يتحصل أول فأول، أما إذا أمكن وامتنع الغرماء من التأخير، أطلق القاضي أبو الطيب والمحاملي والإمام وغيرهم القول بإجابتهم.
وفي «الحاوي»: أنهم لا يجابون؛ لاحتمال أن يظهر غريم لم يطلع عليه، وهذا ما قال الرافعي: إنه الظاهر. انتهى كلامه.
وما نقله عن الرافعي من أنه إذا أمكن قسمة المتحصل أولًا فأولًا، لا يقسم وإن طلب الغرماء التعجيل - غلط لا يوافق كلام الرافعي لا حكما ولا تعليلا؛ فقد قال الرافعي ما نصه: وما يقبضه الحاكم من أثمان أمواله على التدريج: إن كان يسهل قسمته عليهم فالأولى ألا يؤخر، وإن كان يعسر لقلته وكثرة الديون فله أن يؤخر ليجتمع، فإن أبوا التأخير ففي «النهاية» إطلاق القول بأن يجيبهم، والظاهر خلافه. هذا كلام الرافعي. [أ و].

(٤) في جـ: يحصل.

احتجنا إلى التأخير، وقدرنا على [إقراض ما يتحصل[١] مليًّا وفيًّا][٢] لا يودعه، حتى لو أودع، فتلف - ضمنه المودع، فدفعه لمن يستحقه أولى. وإذا احتجنا لإيداع ما يحصل إلى وقت القسمة، لا يودع إلا عند عدل، وإن رضي الغرماء والمفلس بغير عدل؛ لأن الحق هاهنا قد يتجاوزهم إلى غائب، بخلاف المرهون، والأولى أن يعين الغرماء والمفلس والعدل، فإن اختلفوا في التعيين، وتساوت صفات من عين حتى في عدم طلب أجرة على الحفظ، وقدر على ضم أحدهما إلى الآخر فعل، وإلا عين الحاكم واحدًا.

فروع:

لو كان بعض الغرماء غائبًا، فإن عرف قدر ما لَهُ قسم عليه، وإن لم يعرف ولم يمكن مراجعته، ولا هو ممن يرجى حضوره - رجعنا إلى قول المفلس فيما لَهُ وقسم عليه: فإن حضر وظهر له زيادة على ما اعترف به المفلس، فذلك بمنزلة ظهور[٣] غريم آخر. وإن أمكن حضوره وعرف موضعه، قال المتولي: لا يقسم حتى يرسل إليه، [و][٤] إذا ظهر غريم [آخر][٥] بعد القسمة لا ينقض على الصحيح، وبه جزم المتولي، وحكاه الماوردي عن ظاهر منصوصه في القسمة؛ فيسترجع من كل من الغرماء نسبة ما يستحقه الذي ظهر لو كان حاضرًا، مثاله: إذا كان الحضور الثلاثة، ودين أحدهم ألفٌ، والآخر ألفان، [والآخر ثلاثة آلاف][٦]، والمال المقسوم ثلاثة آلاف، ودين الذي ظهر ثلاثة آلاف- استرد من كل من الحضور ثلث ما أخذه، وفيه وجه: أن القسمة الأولى تنقض، ثم يستأنفها الحاكم بعد دخول الظاهر فيها.

وعلى الأول: لو أتلف اثنان من الحضور الذي قبضاه وهما معسران حالة قدوم الغائب، فهل يجعل ما قبضه الآخر كأنه جميع الموجود، ولا غريم سواهما حتى يسترد منه على حساب ذلك، أو لا يسترد منه أكثر مما كان يسترده[٧] عند يسار الجميع؟ فيه وجهان، أصحهما، وبه جزم المتولي: الأول.

---

(١) في د: إقراضه.
(٢) في جـ: يحصل.
(٣) في أ: حضور.
(٤) سقط في أ، د.
(٥) سقط في أ، د.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ: يسترد منه.

ولو لم يظهر الغريم إلا بعد أن ظهر للمفلس مال قديم، أو حادث بعد الحجر؛ صرف منه إلى الذي ظهر بقسط ما أخذه الأولون.

إذا أفرز الحاكم نصيب غائب من الغرماء، فتلف في دية بعد تسليم الحاضرين ما خصهم.

قال في «التتمة»: ذكر القاضي أن الغائب لا يزاحم من قبض، وكذلك لو لم يكن قد سلم إلى أحد من الحضور شيئًا من المال، ولكنه أفرز لكل واحد شيئًا، فهلكت حصة أحدهم- لم يزاحم الباقين، وذكر بعض أصحابنا أن من لم يسلم له نصيبه يزاحمهم ثانيًا.

فائدة: لا خلاف بعد قسمة مال المفلس، واعتراف الغرماء: أنه لا مال له -أنه لا يدام عليه الحجر، ولكن هل ينفك بتفرقة المال الموجود، أم لا بد من فك الحاكم؟ فيه وجهان محكيان في الطريقين:

أظهرهما في «الرافعي»: الثاني.

وفي تعليق القاضي الحسين: الأصح: الأول، وبه جزم في «التهذيب» و«الإبانة» في كتاب الحجر.

وتطابق الغرماء على الفك هل يقوم مقام فك الحاكم؟ فيه وجهان في «الوسيط»، ولو ظهر له بعد فك الحجر مال لم يشعر به، فلا ينفذ تصرفه فيه، ويصرف إلى الغرماء، [ولا تنقض القسمة، ولا تسترد الأعيان التي رجع فيها بائعوها.

قال المتولي: لأن الفسخ عند الامتناع مجتهد فيه، فإذا أصابه حكم الحاكم بالإفلاس فقد صح.

قال الرافعي: وقد يتوقف فيه؛ لأن القاضي ربما لا يعتقد جواز الرجوع بالامتناع، فكيف يجعل حكمه - [هنا][(١)] - بناءً على ظن آخر حكمًا بالرجوع بالامتناع، وما نقله الشيخ في «مهذبه» من نقض[(٢)] القسمة المراد به ما ذكرناه، إلا أنه[(٣)] يسترجع من كل من الغرماء ما أخذه، ثم يقسم، وإنما ذكر ذلك؛ ليظهر أن مذهبنا مخالف لمذهب من قال: إن الغرماء يفوزون بما قبضوه، ولا يسترد منهم شيء، وقد نبه على ذلك في

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: نص.
(٣) في جـ: أن.

«الاستقصاء»، والله أعلم][١].

قال: وإن كان فيهم من له دين مؤجل، لم يقض دينه في أصح القولين، [[وفيه][٢] **قول آخر: أنه بالإفلاس تحل ديونه،** أي: فتقضى][٣].

إذا حجر على المديون بسبب الفلس، وعليه ديون مؤجلة فهل تحل؟ فيه قولان:

أصحهما، وهو مذهب المزني: لا؛ لأنه معنى لا يقطع تصرفه في ذمته، فلم تحل به الديون؛ قياسًا على نفس الإفلاس قبل الحجر.

والثاني: أنها تحل؛ لأنه حدثت [به][٤] حالة عَلِقَتْ حقوق غرمائه بعين أمواله؛ فوجب أن تحل بها ديونه المؤجلة كما لو مات.

وهذا بناه الماوردي على [أن][٥] حجر الفلس[٦] حجر السفه، والأول بناه على أنه حجر مرض.

وقد حكى الإمام هذا الخلاف في طرآن الجنون المستمر، وأن الشيخ أبا محمد قال: حلوله بالجنون أولى؛ لأن المجنون لا استقلال له كالميت، والأجل إنما جعل رفقًا لمن عليه الدين، وقد فات، والقيم ينوب عنه كما ينوب الوارث، ورأى الإمام الترتيب بالعكس أولى؛ لأن قيم المجنون له أن يبتاع له بثمن مؤجل عند ظهور المصلحة، فإذا لم يمنع الجنون التأجيل ابتداءً فَلَأَلَّا يقطع الأجل دوامًا كان أولى.

إذا عرفت ذلك، عرفت أن القول الأول مبني على عدم الحلول، وأن على القول بالحلول تقسم الديون المؤجلة، كما تقسم الديون الحالة، وتسلم إلى أربابها. وحكى الماوردي عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة: أنا نقسم على الديون المؤجلة كالحالة، وما يخص المؤجلة يبقى على ملك المفلس، ولا يدفع إلى أرباب الديون المؤجلة حتى تحل، وأطلق الإمام حكاية هذا وجهًا، ثم قال: وهو مزَّيف لا أعده من المذهب.

قال: وإن[٧] **كان فيهم من له رهن خص بثمنه لسبق حقه، فإن فضل له بعد ذلك شيء، ضارب به مع الغرماء، وإن فضل من ثمنه شيء، رد إلى الغرماء.**

قال: وإن كان له عبد في رقبته أرش جناية - أي: وإن وجدت بعد الحجر- قدم

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في التنبيه، وفي التنبيه: وله.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ: المفلس.
(٧) في التنبيه: فإن.

حق المجني عليه؛ لأنه يقدم على حق المرتهن، وحق المرتهن يتقدم على حقوق الغرماء؛ [فكان هذا أولى، فإن فضل من ثمنه شيء عن أرش الجناية فُضَّ على الغرماء، وإن لم يوف بأرش الجناية فلا شيء له مع الغرماء](١).

قال: وإن كان فيهم من له عين مال باعها منه - أي: قبل الفلس- بثمن حال لم يقبض منه شيء، وهي باقية، ولم تخرج عن ملكه، ولا تغيرت، ولا تعلق بها حق الغير، والراجع من أهل تملُّك [تلك](٢) العين.

قال: فهو بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء، وبين أن يفسخ البيع ويرجع فيها.

الأصل في ذلك ما روى مسلم، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ، أَوْ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ»(٣)، [وما روى](٤) الشافعي بسنده عن خلدة - أو(٥) ابن خلدة - قاضي المدينة أنه قال: أتينا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس، فقال: هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِالْمَتَاعِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ»(٦)، وخلدة وابن خلدة ثقتان؛ فلا يضر الشك فيهما.

وقد رواه أبو داود عن ابن خلدة(٧) عن أبي هريرة، [ولفظ أبي هريرة:](٨) «لَأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمْ بِقَضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : مَنْ أَفْلَسَ أَوْ مَاتَ فَوَجَدَ رَجُلٌ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»(٩).

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في أ.

(٣) أخرجه البخاري (٥/ ٦٢) كتاب الاستقراض، باب: إذا وجد ماله عند مفلس، حديث (٢٤٠٢)، ومسلم (٣/ ١١٩٣) كتاب المساقاة، باب: من أدرك ما باعه عند المشتري، حديث (٢٢/ ١٥٥٩).

(٤) في ج، د: وروي. (٥) في ج: و.

(٦) أخرجه الشافعي (٢/ ١٦٣) كتاب التفليس، حديث (٥٦٤)، والحاكم (٢/ ٥٠ - ٥١). وقال: هذا حديث عال صحيح الإسناد ولم يخرجاه بهذا اللفظ، ووافقه الذهبي.

(٧) هو عمر بن خَلْدَة وقيل خَلْدَة جده، واسم أبيه عبد الرحمن الأنصاري أبو حفص المدني القاضي، روى عن أبي هريرة، وروى عنه ربيعة الرأي، قال الواقدي: كان رجلاً مهيبًا صارمًا ورعًا عفيفًا ثقة.
ينظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٢/ ٢٦٨).

(٨) سقط في أ.

(٩) أخرجه أبو داود (٣/ ٧٩٣) كتاب البيوع، باب: في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، =

ومن جهة المعنى: أنه أحد عوضي العقد القابل للفسخ بالإقالة؛ فثبت حق الفسخ بتعذره كإباق العبد، وانقطاع المُسْلَم فيه.

وحكى الماوردي عن أبي عبيد بن حربويه من أصحابنا، أنه قال: «إنما يكون البائع أحق بعين ماله؛ ليستوفي حقه من ثمنه، ويمنع الغرماء من مشاركته فيه، كالرهن»، ثم قال: وهذا خالف به الإجماع.

وعلى المذهب [هل يتوقف فسخه على إذن الحاكم أم لا؟][١].

قال في «الحاوي» قبيل [باب][٢] شهادة النساء: لا بد أن يحكم الحاكم بجواز الرجوع بالأعيان المبيعة، وبعد ذلك وجهان:

أحدهما: لا يرجع به البائع إلا أن يحكم له الحاكم برده عليه.

والثاني: يجوز أن يرجع، وإن لم يحكم له بالرد.

وغيره قال: بعد ثبوت الفلس، هل يتوقف فسخه على إذن الحاكم أم لا؟ فيه وجهان:

المذكور منهما في «الحاوي» [هنا:][٣] الأول، وهو الذي اختاره في «المرشد».

وفي «الرافعي»: الأشبه مقابله.

[وهل هذا الخيار على الفور أو على التراخي ما لم يعزم الحاكم على بيع ماله كما قيده الماوردي؟][٤] فيه وجهان:

أصحهما في «الرافعي»، و«تعليق» أبي الطيب: الأول.

وعن القاضي الحسين: أنه لا يمتنع تأقيته بثلاثة أيام.

[وعلى الصحيح: لو ترك حق الفسخ على مال لم يثبت، وسقط خياره مع العلم، ومع الجهل وجهان، كما ذكرنا في الرد بالعيب، وإذا اختار عين ماله لزمه، ولا خيار له، وروى القاضي ابن كجٍّ: أن أبا الحسين حكى وجهًا أنه بالخيار ما دام في المجلس][٥].

= حديث (٣٥٢٣)، وابن ماجه (٢/ ٧٩٠) كتاب الأحكام، باب: من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، حديث (٢٣٦٠)، والبيهقي (٦/ ٤٦) كتاب التفليس، باب: المشتري يموت مفلسًا بالثمن.

(١) سقط في جـ، أ.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.

ولا نزاع في جواز الفسخ باللفظ الصريح كقوله: فسخت البيع، ونقضته، ورفعته، ولو قال: رددت الثمن، فوجهان، أصحهما: الاكتفاء به، وهل يجوز بالفعل كما في خيار المجلس؟ فيه وجهان:

أصحهما في «الحاوي»: المنع.

ولو حكم حاكم بمنع الرجوع، قال الإصطخري: نقض حكمه. واختار الشيخ في «المهذب» لنفسه أنه لا ينقض، وهو ما حكاه في «المرشد».

أما إذا كان البيع صدر بعد فلسه، ففي ثبوت خيار الرجوع [فيه][(١)] وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه باعه قبل وقت الفسخ، فلم يسقط حقه من الفسخ؛ كما لو تزوجت المرأة بمعسر بالنفقة.

والثاني: لا؛ لأنه باعه مع العلم بخراب الذمة؛ فسقط خياره، كما لو اشترى سلعة يعلم بعيبها.

هكذا عللهما في «المهذب».

وقد تفهم علة الأول: أن محل الخلاف ما إذا باع منه قبل الحجر وبعد الفلس؛ لأن بالحجر يثبت حق الرجوع، أما إذا كان بعد الحجر فلا رجوع وجهًا واحدًا؛ لأن البيع جرى بعد وقت الفسخ، وعلى ذلك جرى مجلي، وليس كذلك، بل الخلافُ جارٍ وإن وقع البيع بعد الحجر، صرح به الإمام والرافعي وغيرهما، وقد بين صاحب «الاستقصاء» قوله: لأنه باعه قبل الفسخ [بأن الفسخ يثبت لأجل تعذر الثمن، وهو لا يستحق الثمن إلا بالبيع؛ فلم يسقط حقه من الفسخ قبل وقت الفسخ.

وعلة الثاني: أنه إذا كان جاهلاً بفلسه، أن له الخيار وجهًا واحدًا، كما صرح به في «الاستقصاء»، وليس كذلك؛ بل قد أجرى الإمام وغيره الخلاف فيه، والظاهر من المذهب: أنه يثبت؛ كما أن الظاهر عند العلم عدم الثبوت][(٢)]، وهو الذي يقتضيه قياس ما جزم به ابن الصباغ وغيره فيما إذا باع عبدٌ شيئًا بغير إذن سيده، وصححناه: أن له أن يرجع في المبيع قبل أن ينزعه السيد منه، وفي «التتمة» ما يقتضي أن الظاهر في حال الجهل عدم الثبوت، فإنه حصل أصل الخلاف في[(٣)] هذه الصورة الخلافُ

(١) سقط في أ، د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) زاد في جـ: أصل.

المذكور في جواز الفسخ؛ بسبب تعذر الثمن من غير إفلاس، من جهة أن الشراء في الذمة لم يدخل تحت الحجر، وقد تعذر عليه الوصول إلى حقه، والصحيح في هذه المسألة: أنه لا يفسخ[(١)]، وإذا[(٢)] كان كذلك لزم[(٣)] منه ما قلناه.

وقد انتظم من مجموع ما ذكرناه ثلاثة أوجه، وقد حكى العمراني في «الزوائد» في باب الخيار في النكاح عن صاحب «الفروع» الوجهين الأولين قولين، وأن الجديد: الثبوت.

ولو كان الثمن مؤجلاً فلا رجوع له في العين على[(٤)] وجه، وإن حل قبل الحجر عليه، والمذهب: أن الأجل إن انقضى قبل الحجر[(٥)] كان له الرجوع في العين، وإن لم ينقض، فينبني على أن الحجر يحل به الدين أم لا؟

فإن قلنا: إنه يحل به، ثبت له الرجوع عند الشيخ أبي حامد.

وحكى الماوردي عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة: أنه لا رجوع له.

وفائدة القول بالحلول: أنها لا تباع في حقوق الغرماء؛ بل تبقى محفوظة لبائعها إلى مضي المدة، فإن وجد المفلس وفاءً فذاك، وإلا فحينئذ يفسخ.

قال القاضي أبو الطيب: وهذا ليس بصحيح؛ لأن الدين إذا حل فلا معنى لحبس العين على الأجل.

وإن قلنا بعدم الحلول فهل تباع ويصرف ثمنها لأرباب الديون الحالة، أو لا تباع وتجعل كالمرهونة بحق بائعها؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد، وأصحهما الأول، وبه قطع القاضي أبو الطيب.

فإن قلنا به، فلو لم يتفق بيعها حتى حل الأجل ففي جواز الفسخ الآن وجهان.

وإن قلنا بمقابله، وهو ما أشار إليه الشافعي في «الإملاء»، كما قال في «الاستقصاء»، واختاره في «المرشد»، وقال الإمام: إن المحققين زَيَّفوه - فإن انقضى الأجل والحجر باقٍ ثبت حق الفسخ، وإن كان قد أطلق، ووفاه الثمن فذاك، وإن لم يوفه كان له حق الفسخ من غير تجديد حجر.

وفي «النهاية» حكاية وجه: أنه لا بد من تجديد الحجر، وإنه بعيد غير سديد.

---

(١) في د: ينفسخ.
(٢) في جـ: إذا.
(٣) في د: لزمه.
(٤) في أ: فلا.
(٥) في أ: الأجل.

ومن هذا الكلام يظهر لك أن الحجر لا يدام على المفلس؛ بسبب الدين المؤجل، ولو قبض بعض الثمن فالقديم: أنه لا رجوع له في العين، ويضارب مع الغرماء سواءٌ كان المبيع شيئًا واحدًا أو متعددًا.

واستدل له بحديث رواه مالك، عن الزهري، وهو مرسل.

والجديد: أن له خيار الرجوع بقدر ما بقي له من الثمن؛ لأن الإفلاس سبب يعود به كل العين إليه، فجاز أن يعود [به][1] بعضه إليه؛ كالفرقة قبل الدخول يرتد بها جميع الصداق إلى الزوج تارة بالردة، وبعضه [تارة][2] أخرى بالطلاق. فعلى هذا: إن كان المبيع عبدًا واحدًا أو عبدين، وقد قبض نصف الثمن -رجع في النصف مشاعًا، ولو تلف المعقود عليه فلا مضاربة إلا بالثمن، وعن رواية الشيخ أبي محمد وغيره وجه: أن له المضاربة بالقيمة إذا كانت أكثر؛ ليزداد ما يأخذه.

ولو كان المبيع عبدين، فتلف أحدهما، ولم يقبض من الثمن شيئًا - فله أن يأخذ الباقي[3] [بحصته من الثمن][4]، ويضارب بحصة ثمن التالف، بل لو بقي العبدان، وأراد أن يرجع في أحدهما، مُكِّن منه؛ كما لو رجع الأب في نصف ما وهبه. ولا فرق في ذلك بين أن يكون التلف بآفة سماوية، أو بفعل المشتري، أو بفعل أجنبي، كما صرح به في «التهذيب».

والقيمة التي يوزع عليها الثمن أقل قيمة من حين العقد إلى حين القبض، صرح بذلك في «الاستقصاء».

وعن القاضي أبي حامد، وأبي الحسين، وصاحب «التقريب»: أن من الأصحاب من ذكر قولاً: أنه مخير بين أن يأخذ الباقي بجميع الثمن، أو يدع، وزُيِّفَ.

ولو كان قد قبض نصف الثمن والصورة هذه، فالقديم: أنه لا رجوع له.

وقد نص في الجديد على: أنه يرجع في الباقي إذا كانت قيمته مثل قيمة التالف،

---

(١) سقط في جـ.
(٢) زيادة من المحقق للإيضاح، والمراد: أن الفرقة قبل الدخول سبب يرجع به كل المهر أو بعضه إلى الزوج، فيرجع إليه كل المهر إذا كان سبب الفرقة هو الردة، ويرجع إليه بعض المهر وهو النصف إذا كان سبب الفرقة هو الطلاق.
(٣) في أ: الثاني.
(٤) في جـ، د: بحصة ثمن.

ونص فيما إذا أصدق زوجته أربعين من الغنم، فأدت زكاتها شاة، ثم طلقها قبل الدخول -على قولين مع قول ثالث حكاه ابن الصباغ:

أحد القولين: أنه يرجع في عشرين شاة، قال الأصحاب: وهو موافق لنصه في المفلس[(١)].

والثاني: أنه يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة الشاة المخرجة.

فمن الأصحاب من خرج من هذا قولاً إلى المفلس، وجعل مسألته على قولين:

وأظهرهما: أن يأخذ الباقي بماله في مثالنا.

والثاني -وهو اختيار المزني-: أنه يأخذ نصف العبد الباقي بنصف الباقي من الثمن، ويضارب الغرماء بنصفه.

ومنهم من قطع بالنص، وفرق: بأن الزوج إذا لم يرجع إلى عين الصداق، أخذ القيمة بتمامها، والبائع لا يأخذ الثمن؛ بل يحتاج إلى المضاربة، وزوال ملك المفلس الذي لا يتسلط على استرجاعه بمنزلة التلف فيما ذكرناه، وحيث يتسلط على استرجاعه، كما في القرض إذا كان باقيًا في يد المقترض[(٢)]، أو في يد المشتري في زمن الخيار إذا قلنا بزوال الملك -يجوز للبائع استرجاعه كما هو للمفلس. قاله الماوردي.

ولو عاد الملك بعد الزوال على وجه اللزوم، فإن كان بعد الحجر ففي «الاستقصاء» حكاية عن الصيمري في «الإيضاح» أنه: لا رجوع له. وغيره أطلق حكاية وجهين في جواز الرجوع، وأجراهما فيما لو خرج الموهوب عن ملك الولد ثم عاد، والصداق عن ملك الزوجة ثم عاد قبل الطلاق.

لكن الأصح في مسألة الصداق عند الأكثرين: أن حق الزوج يتعلق به، [وبه][(٣)] جزم في «المهذب» و«الشامل»، بخلاف الهبة؛ لأن الرجوع في الهبة يختص بالعين، فاختص بذلك الملك، ورجوع الزوج لا يختص بالعين، بل يتعلق بالبدل، والعين العائدة أولى من بدل الفائت[(٤)]، ومقتضى هذا أن يكون الصحيح في مسألتنا عدم الرجوع كما في الهبة، وهو الذي اختاره في «المرشد»، وقد بنى الشيخ أبو محمد في

---

(١) في جـ: المجلس.
(٢) في أ، د: المقرض.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: الغائب.

«السلسلة» الخلاف في هذه المسألة على الوجهين في رجوع [الواهب، والوجهين في رجوع الواهب على الوجهين في رجوع][1] الصداق إلى الزوج، والوجهين في الصداق على القولين فيما إذا قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، فباعه ثم اشتراه، ودخل الدار.

قال الرافعي: ولك أن تقول: بناء الوجهين على القولين المنصوصين معقول[2]، وأما بناء صورة من صورة الوجهين على أخرى مع استوائهما في المعنى، فليس بأولى من القلب والعكس.

قلت: ليس ما ذكر مستويًا في المعنى؛ لأن في مسألة الصداق والهبة، [الفرق][3] بينهما ما ذكر، وفي مسألة الهبة والفلس - وإن تساويا في إثبات حَقٍّ - الرجوعُ في[4] العين لا غير، لكن البائع إذا منعناه من الرجوع ضارب بالثمن؛ [فلا يفوت مقصوده بالكلية، والواهب إذا منعناه من الرجوع][5] لم يرجع إلى شيء. ثم على القول بالرجوع: لو كان عوده إلى المفلس بسبب بيع يأتي، ولم يوف فيه الثمن أيضًا - ففي «الحاوي»: أن البائع الثاني أولى، فإن ترك فهل للأول الرجوع؟ فيه وجهان، وفي طريقة المراوزة في المسألة ثلاثة أوجه:

أحدها- وهو الصحيح-: أن الحكم كما ذكرناه عن «الحاوي».

والثاني: أن الأول أولى، مع عدم ترك الثاني.

والثالث: أنهما يشتركان فيه نصفين.

وعلى الصحيح: لو كان المفلس قد باعه، ثم اشتراه من ثالث، ولم يَنْقُدْه الثمن أيضًا - فالحق للثالث[6]، فإن ترك، فثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا حق لغيره.

والثاني: أن الحق للثاني.

والثالث: أن الأول والثاني يشتركان، ويكون بينهما نصفين.

ولو كان البائعون أربعة، فالحق للرابع، فإن ترك فعلى الوجه: الأول لا حق لغيره،

---

(١) سقط في أ.
(٢) في جـ: مقبول، وفي د: معمول.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: إلى.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ: الثالث.

وعلى الثاني[1]: يكون الحق للثالث، فإن ترك فالحكم كما لو كان البائعون ثلاثة، وعلى الثالث: تكون بين الثلاثة أثلاثًا. قاله الماوردي، وصاحب «الاستقصاء».

ولو كان المبيع صيدًا، والبائع في حال الحجر مُحْرِمًا أو كافرًا، والمبيع عبدًا مسلمًا، وقلنا: الكافر لا يشتري المسلم -لم يكن له الرجوع إلى عين المبيع، وضارب مع الغرماء بالثمن. كذا قاله مجلي.

وقد يقال: حكيتم فيما إذا باع الكافر العبد المسلم بثوب، ثم اطلع على عيب به، هل له رد الثوب ليرجع إليه العبد المسلم؟ فيه وجهان؛ فكان يتجه أن يجريا هاهنا؛ لأن نقص الثمن أقمتموه مقام العيب، خصوصًا إذا قلنا: [إن][2] الخيار على الفور، وكذا الخلاف المحكي في صحة شراء المحرم الصيد، يتجه أن يجيء مثله هاهنا[3]، فإن جوزنا الشراء[4] جاز الرجوع، وإن لم نجوزه اتجه أن يتخرج على الوجهين - أيضًا - في رد الكافر بدل العبد المسلم بالعيب.

قال: إلا أن يكون قد استحق بشفعة، أو رهن، أو جناية - أي: تعلقت برقبته، أو خلطه بما هو أجود منه - أي: مثل: أن [خلط صاع][5] حنطة قيمته درهم بصاع حنطة قيمته درهمان، أو مكيلة زيت قيمتها درهم بمكيلة زيت قيمتها درهمان، ونحو ذلك مما يجري فيه الربا، وهو من ذوات الأمثال، والدليل على امتناع الرجوع في الثلاثة الأُوَل: سبق تعلق حق الغرماء بها، وفي الرابعة: أنه تعذر عليه الرجوع إليها حقيقة وحكمًا: أما حقيقة؛ فللاختلاط، وأما حكمًا؛ فلأنه لو استرجع مكيلة منه استفضل زيادة غير مستحقة، وأدخل بها على الغرماء مضرة، وإن أخذ من المكيلة بقدر ما يخصه بالقيمة، صار معاوضًا[6] في مثالنا صاعًا بثلثي صاع، وذلك ربا، وإذا تعذر الرجوع إلى العين بطل حق البائع منها، وهذا هو الصحيح في المسائل كلها، وفي المسألة الأولى وجهان آخران:

أحدهما: أن البائع أولى؛ فلا يتسلط الشفيع على الأخذ.

والثاني: أن الشفيع يأخذ، ويخص البائع بالثمن.

ثم هذا إذا حضر البائع والشفيع، وتزاحما على الأخذ، أما إذا لم يحضرا، وأخذ

---

(١) في أ: والثاني.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: هنا.
(٤) في أ: الشرط.
(٥) في أ: خلطه بصاع.
(٦) في أ: معارضًا.

البائع العين، فهل يستقر أخذه، أو للشفيع الانتزاع منه؛ تفريعًا على أنه أولى في نظير ذلك من الصداق؟ وجهان، ويتجه جريانهما هنا أيضًا.

وفي المسألة الثانية: إذا كان بعض المرهون يوفي بما هو مرتهن به بيع منه بقدره، وثبت للبائع بعد فك الرهن في الباقي(١) الرجوع فيه، وهكذا الحكم في العبد الجاني.

ولو سقط الرهن، وأرش الجناية، ثبت للبائع حق الرجوع في الجميع. صرح به الرافعي.

وفي «الحاوي» حكاية وجه: أنه لا رجوع له في المرهون، ولا في العبد الجاني، وهو يشابه وجهًا محكيًّا في الهبة: [أنه لا رجوع للواهب فيما وهبه، إذا كان الموهوب(٢) له قد رهنه، ثم زال الرهن، ويتجه أن يجيء الوجه الذي حكاه مجلي في الهبة](٣) أيضًا: أنه يجوز له الرجوع في حال الرهن، ويكون موقوفًا، لكن مع التقييد بما إذا أبرأ البائع المفلس من ضمان العين لو تلفت، وصححنا هذا الإبراء، كما هو وجه محكي على هذا النعت في «الوسيط» وغيره، فيما(٤) إذا طلق الزوج قبل الدخول، وكان الصداق مرهونًا.

وفي المسألة الرابعة قول: أن للبائع حق الرجوع، واختاره المزني، لكن في كيفية الرجوع قولان.

وقيل: وجهان:

أصحهما: أن ذلك يباع، ويأخذ البائع في مثالنا ثلث الثمن، ويقسم على الغرماء الثلثان، وهذا ظاهر ما نقله المزني، على ما حكاه ابن الصباغ.

والثاني: أنه يعطى من المختلط ثلثه.

قال الماوردي: وهذا ظاهر كلام الشافعي، وهو في «الرافعي» محكي عن رواية الربيع والبويطي، ثم قال: وربما يخرج هذا الخلاف على أن القسمة بيع أو إقرار؟ إن قلنا بالأول لم يقسم عين ذلك، وإن قلنا بالثاني فيجوز. [وما ذكره فيه نظر؛ لأن المبيع كان إردبًا فيستحيل أن نقول: تبينًا(٥) بالقسمة أنه كان ثلثي إردب، والله أعلم](٦).

---

(١) في جـ: الثاني.
(٢) في جـ، د: المرهون.
(٣) سقط في د.
(٤) في أ: وفيما.
(٥) في جـ: بيننا.
(٦) سقط في د.

تنبيه: تقييد الشيخ امتناع الرجوع في مسألة الخلط بما إذا كان خلطه بالأجود يفهم أنه إذا خلطه بمثله أو بما [هو][1] دونه: أن الرجوع لا يمتنع، وهو كذلك على الصحيح، وادعى ابن الصباغ أن المذهب لا يختلف فيه؛ لأن عين ماله موجودة من جهة الحكم، بخلاف ما إذا خلط بالأجود. لكنه إذا خلط بالمثل قسم المال بينهما بالسوية، فإن لم يطلب القسمة، ولكن طلب البائع البيع، فهل يجبر عليه المفلس؟ فيه وجهان. وإذا خلط بالأردأ إن رضي البائع بأخذ مكيلته منه، فلا كلام، وإن لم يرضَ فوجهان:

أحدهما -وهو الصحيح-: أنه ليس له إلا ذلك إن رجع، وله المطالبة بالبيع وجهًا واحدًا، كما هو في «الشامل» و «الحاوي».

والثاني: أن ذلك يباع، فإذا كانت قيمة المبيع درهمين، وقيمةُ المخلوط به درهمٌ؛ دُفِعَ للبائع الثلثان من الثمن، وهذا قول أبي إسحاق، وقد خرج بعض الأصحاب فيما إذا خلط المبيع بمثله أو بما دونه قولاً مما[2] إذا خلطه بالأجود: أنه لا يثبت للبائع حق الرجوع، وأيد بأن الحنطة المبيعة إذا انثالت عليها حنطة أخرى قبل القبض انفسخ[3] العقد على قولٍ؛ تنزيلاً له منزلة التلف، والقائلون بالصحيح قالوا: الملك قبل القبض غير مستقر؛ فلا يمتنع تأثره بما لا يتأثر به الملك المستقر.

قلت: والظاهر صحة التخريج [عند الخلط بالمثل][4]، ويؤيده أن الصحيح عند أبي الطيب الطبري، والظاهر من نص الشافعي فيما إذا خلط المغصوب بالمثل: أن الغاصب مخير بين أن يدفع إليه منه أو من غيره، ولولا [أنه][5] كالمفقود لما خيره.

ولو خلط الزيت بالشريج، ودقيق القمح بالشعير ونحو ذلك؛ فلا رجوع له في عين المبيع، وهل يسقط حقه من ثمنه بعد اختلاطه؟ على وجهين، أحدهما -وهو قول أبي علي بن أبي هريرة-: أن حق البائع لا يبطل فيباع الجميع، ويدفع للبائع ما قابل ثمن [الزيت، وإلى غرماء المفلس ما قابل ثمن][6] المخالط، كذا قال الماوردي. وأبدى الإمام احتمالاً في جواز الرجوع، قال: سيما[7] على قولنا: إن فائدة الرجوع فيما إذا

---

(١) سقط في أ.
(٢) في جـ: ما.
(٣) في جـ: انفسد.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ: قسمنا.

خلط بجنسه بيع المخلوط، وقسمة الثمن[١].

فروع:

لو كاتب المشتري المبيعَ امتنع على البائع الرجوع، وإن أجره لم يمتنع. كذا قال الرافعي وغيره، وهو في الإجارة جواب على جواز بيع المستأجر، وإلا فهو كالمرهون، كما صرح به المتولي، وكذا يظهر أن يكون ما قيل من منع الرجوع في المكاتب جوابًا على منع بيع المكاتب، أما إذا قيل بجواز بيعه فيظهر جواز الرجوع، كما قال الأصحاب في أن الواهب يمتنع رجوعه في الموهوب إذا كاتبه الموهوب له، وقلنا بعدم جواز بيعه، وبصحة الرجوع إذا جوزنا البيع، لكنهم قالوا في البيع: يبقى مكاتبًا في حق المشتري إذا جوزنا البيع على الصحيح حتى يعتق بأداء النجوم إليه، كما ذكرناه في باب: ما يجوز بيعه، ومثل هذا في الرجوع فيه احتمال؛ من حيث إن الرجوع يعتمد رقبة العبد؛ فيكاد أن يكون رجوعًا في نجومه؛ فلذلك جزموا بعدم الرجوع.

ويشهد لما ذكره المتولي في[٢] الإجارة أن الإمام حكى عن شيخه أن الطلاق إذا وقع قبل الدخول، والصداق مستأجر: أنه لا يرجع[٣] إلى عينه[٤] إذا منعنا بيع المستأجر، واختاره.

وكذلك قال الأصحاب فيما إذا وقع التحالف والعين المبيعة مستأجرة[٥].

---

(١) في جـ: المثمن.
(٢) زاد في أ: أن.
(٣) في جـ، د: يرفع.
(٤) في جـ: يمينه.
(٥) قوله: لو كاتب المشتري المبيع امتنع على البائع الرجوع، وإن أجره لم يمتنع، كذا قال الرافعي وغيره، وهو في الإجارة جواب على جواز بيع المستأجر، وإلا فهو كالمرهون كما صرح به المتولي.
ثم قال بعد ذلك: ويشهد لما ذكره المتولي في الإجارة: أن الإمام حكى عن شيخه أن الطلاق إذا وقع قبل الدخول، والصداق مستأجر - أنه لا يرجع إلى عينه إذا منعنا بيع المستأجر، واختاره.
وكذلك قال الأصحاب فيما إذا وقع التحالف والعين المبيعة مستأجرة. انتهى كلامه.
وما ذكره - رحمه الله - عجيب؛ فإن التفصيل الذي استدركه على الرافعي قد ذكره الرافعي فقال: وإن أجره فلا رجوع إن لم نجوز بيع المستأجر، وإن جوزناه: فإن شاء أخذه مسلوب المنفعة لحق المستأجر، وإلا ضارب بالثمن. هذا لفظ الرافعي، وكأنه سقط في النسخة التي وقف عليها شيء، وبالجملة فهو يدل على المعهود من حسن تفقهه. [أ و].

ثم على المذهب في المكاتب: لو انفسخت الكتابة، فهل له الرجوع فيه؟ فيه طريقان:

أحدهما: إجراء القولين في زوال الملك وعوده.

والثاني: القطع بجواز الرجوع، وهذا [هو][1] الذي يتجه الجزم به فيما إذا رجع في العين المستأجرة.

وإذا رجع في العين المستأجرة قال الأصحاب: لم تنفسخ الإجارة، والأجرة للمفلس تقسم على الغرماء. وسكتوا عن رجوع البائع على المفلس بها، وكذلك في مسألة الصداق، وقالوا في مسألة التحالف: إن البائع يرجع على المشتري بأجرة المثل لما بقي من المدة، والذي يظهر: عدم جريان مثل ذلك في مسألتنا وفي الصداق؛ من حيث إن الإجارة عيب جرى في يد المشتري والزوجة، ولهما مندوحة عنه بالرجوع في الصداق إلى القيمة، وفي مسألتنا إلى الثمن، وفي مسألة التحالف تعين حقه في العين؛ فلذلك طالب بالأجرة.

واعلم أنه لا فرق فيما ذكرناه بين ألا يرضى الغرماء بتقديم صاحب العين بثمنها، أو يرضوا؛ لاحتمال ظهور غريم آخر، وما في ذلك من المنة على البائع، ويشبه أن يكون الخلاف المذكور في جواز الرجوع في العين عند مساواة الديون المال حيث جوزنا الحجر، وفيما إذا ضمن له الثمن ضامن بغير إذن المفلس، وفيما إذا أعير منه شيء؛ ليرهنه بالدين، فرهنه -مأخذُهُ ما ذكرناه.

فعلى العلة الأولى: يكون له الرجوع عند مساواة الديون المال، ولا رجوع له عند وجود الضامن والرهن.

وعلى الثانية: ينعكس الحال؟

ولو كان الضامن قد ضمن بإذن المفلس.

قال في «التتمة»: ليس له الرجوع.

وقد حكى الرافعي فيما إذا قدم الغرماء البائعَ بالثمن وجهًا: أنه يمتنع عليه الرجوع.

قال: وإن[2] **نقصت العين** - أي: عن الحالة التي وقع عليها العقد - بفعل

---

(١) سقط في جـ.

(٢) في التنبيه: فإن.

مضمون - أي: مثل أن جنى عليها أجنبي، أو البائع - رجع فيها، وضرب مع الغرماء بقدر أرش النقص [من الثمن - أي: إن شاء، ويكون [أرش][1] النقص][2] للمفلس، مقدرًا[3] كان أو غير مقدر[4]، وإن شاء ضرب مع الغرماء بالثمن:

أما وجه جواز رجوعه في العين فما ذكرناه.

وأما[5] وجه [جواز][6] رجوعه بالأرش؛ فلأن المشتري أخذ بدل النقصان الذي كان البائع يستحقه لو بقي؛ فلا يحسن تضييعه عليه.

وأما وجه اعتبار ذلك من الثمن لا من القيمة: لأن الكل لو ذهب لم يضارب إلا بالثمن؛ لكون التالف تلف في ملك المفلس[7]؛ فكذلك النقص. هذا هو المشهور.

وفي[8] «الحاوي»: أن محل مضاربة البائع بقدر أرش النقص إذا كان المفلس قد قبضه، وتلف في يده، فلو لم يقبضه، وكان باقيًا في ذمة الجاني - فلا يأخذه المشتري، وللبائع أن يختص بأخذه، ولا يشاركه الغرماء فيه؛ لأنه بدل من عين ماله الذي تفرد باسترجاعها.

أما إذا نقصت العين بآفة سماوية نظر:

إن كان نقصان صفة، وهو نقص ما لا يمكن إفراده بالعقد: كاليد، والرجل، والحرفة، ونحو ذلك- فليس للبائع إلا الرجوع في العين من غير أرش، أو المضاربة بكل الثمن.

وفي كتاب القاضي ابن كجٍّ: أن من أصحابنا من أثبت قولاً: أنه كالنقص بالفعل المضمون.

وإن كان نقصان[9] جزء، وهو نقص ما يمكن إفراده بالعقد، وقد وقع عليه العقد مقصودًا. كأخذ الثوبين والعبدين - فقد تقدم الكلام فيه، وما دخل في العقد ضمنًا كالثمرة غير المؤبرة، هل يلحق بالجزء، حتى إذا تلفت بالآفة السماوية ضارب بقسطه أم لا؟ فيه وجهان في الحاوي وغيره، مع الجزم بأن المشتري إذا أتلفها ضارب البائع

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في ج.
(٣) في أ: مقدارًا.
(٤) في أ: مقدار.
(٥) في أ: أما.
(٦) سقط في أ، د.
(٧) في ج، د: على.
(٨) في أ: في.
(٩) في ج: نقص.

بقسطها، وقال المحاملي: إن أصل الوجهين أن الثمرة غير المؤبرة هل يقابلها قسط من الثمن أم لا؟

ولو نقصت العين بفعل المشتري نقصان صفة، فطريقان:

أصحهما عند الإمام: أن ذلك بمنزلة فعل الأجنبي.

والثاني -وهو ما حكاه الماوردي-: أن فيه وجهين، وغيره قال: فيه قولان:

أحدهما: ما حكيناه أولاً.

وأصحهما -وهو المذكور في «الشامل»، وغيره من كتب العراقيين، وفي «التهذيب»-: أنه كالآفة السماوية.

فروع:

انهدام الدار، وغرق بعض الأرض، حكى الماوردي فيه ثلاث طرق:

إحداها: أن في ذلك قولين:

أحدهما: أنه نقص صفة.

والثاني: أنه نقص جزء.

وهذه طريقة أبي الطيب بن سلمة، وأبي حفص بن الوكيل.

والثانية: القطع بالقول الأول.

والثالثة - وهي طريقة أبي إسحاق المروزي-: حمل اختلاف ما روي عن الشافعي على حالين:

فرواية المزني وحرملة: أنه يأخذه بكل الثمن إذا كانت الآلة بعد الهدم باقية.

ورواية الربيع والبويطي: أنه يأخذه بحسابه وقسطه من الثمن إذا كانت بعد الهدم تالفة، وهذا يدل على إجراء الخلاف [المذكور أولاً][1] فيما إذا ذهب بعض النقص، [أو لم][2] يذهب منه شيء، وقد جزم الرافعي فيما إذا لم يذهب من النقص شيء أنه نقصان صفة، وأن الأصحاب ألحقوا به إحراق سقف الدار. [وإن لك أن تقول: وجب أن يطردوا الخلاف المذكور في تلف سقف الدار][3] المبيعة قبل القبض[4] أنه كالعيب، أو كتلف أحد العبدين.

---

(١) سقط في د.
(٢) في ج، د: ولم.
(٣) سقط في ج.
(٤) في ج، د: النقص.

نقصانُ الزيت بالعرض على النار، وكذا العصير مثل أن كان أربعة أرطال فعاد إلى ثلاثة - نقصان جزء أو صفة؟ فيه وجهان:

أصحهما في الزيت: الأول؛ فيضارب في مثالنا بربع الثمن.

وإذا قلنا بمقابله، وكانت قيمة العصير ثلاثة دراهم، فعادت بعد النقص إلى درهمين، كان له أن يرجع فيه، ولا شيء له، وإن بقيت قيمته بعد ذلك أربعة دراهم فله الرجوع، والقدر الزائد هل يفوز به؟ ينبني على أن الزيادة بالصفة[١] عين أم أثر؟ إن قلنا بالثاني فاز بها، وكذا[٢] إن قلنا بالأول عند القفال، وعند غيره: يصير المفلس شريكًا للبائع بقدر الزيادة، وهو الربع في مثالنا.

ولو كانت القيمة بعد النقص ثلاثة دراهم، وقلنا: إن الزيادة عين، فعند القفال: هي للبائع، وعند غيره: يصير المفلس شريكًا له بثلاثة أرباع درهم؛ لأن هذا القدر هو قسط الرطل الذاهب، وهو الذي زاد بالطبخ في الثاني[٣].

فائدة: حكى الإمام عن صاحب «التلخيص» فيما إذا كان وزن العصير عشرة، فاشتراه بعشرة، وهو يساويها، ثم صار وزنه بعد الغلي ثمانية، وقيمته سبعة - أنه[٤] يرجع في العين، ويضارب الغرماء بقدر نقصان القيمة، وقدر النقصان ثلاثة، وأنه علله بأن قال: ليس ما حدث مجرد نقصان صفة؛ بل انضم إليه نقصان العين. ثم قال: وهو خطأ.

والصواب أن يقول: قد نقص بالنار خمس المبيع؛ فهو كما لو نقص بانصباب أو غيره[٥] من أسباب الضياع، فرجع [في الرُّبِّ إن شاء][٦]، وإلا[٧] حُط[٨] له في مقابلة الدرهم الناقص من القيمة؛ فإن العين باقية في الأربعة الأخماس وزنًا وقدرًا، ويضارب بخمس الثمن، وهو درهمان.

قلت: وما قاله صاحب «التلخيص»[٩] تظهر صحته؛ لأن درهمين من النقص حصلا بسبب نقصان الجِرْم، كما ذكره الإمام، وهو يفهم من كلام صاحب

---

(١) في أ: بالضعة.
(٢) في جـ: كذا.
(٣) في د: الباقي.
(٤) في أ: أن.
(٥) زاد في أ: سبب.
(٦) سقط في د.
(٧) في جـ: ولا.
(٨) في أ: والأحط.
(٩) في جـ: التقريب.

«التلخيص» - أيضًا - والدرهم الآخر، [كلام صاحب «التلخيص» يرشد[١] إلى أنه بسبب نقصان الصفة][٢]؛ فإن صفة العصير تغيرت بالعرض على النار.

وقد تقدم أن الأصح عند الإمام فيما إذا حصل نقصان الصفة بفعل المشتري أنه كالحصول بفعل الأجنبي، ولو حصل نقصان الصفة بفعل أجنبي ضارب به البائع قولاً واحدًا؛ فكذلك في هذه الصورة؛ لأن النقص حصل بفعل المشتري، والله أعلم.

قال: وإن[٣] **زادت زيادة متميزة كالولد والثمرة** - أي: إذا حدث ذلك، وانفصل في ملك المفلس، رجع فيها دون الزيادة؛ لأن الزيادة حدثت على ملك المفلس، فسلمت له، كما في الرد بالعيب؛ ولأنها غير مبيعة والبائع إنما يثبت له الرجوع في المبيع. ثم لا فرق في جواز الرجوع في الأم دون الولد بين أن يكون آدميًّا في سن يجوز التفريق فيه بينه وبين أمه أو لا، نعم إذا كان في سن لا يجوز فيه التفريق حكى العراقيون وجهين:

أحدهما: أن الجارية تباع مع الولد، ويفوز البائع بثمنها، وهذا هو الأصح في الشامل، وغيره.

والثاني: أنه لو بذل قيمة الولد كان له الرجوع فيها وسلِّما له، وإلا فلا حق له في الرجوع.

وأبدى الرافعي في هذه المسألة مباحثة، وهي أنا ذكرنا وجهين فيما إذا وجد الأم معيبة، وهناك ولد صغير: أنه يترك الرد، وينتقل إلى الأرش، أو يحتمل التفريق للضرورة، وفيما إذا رهن الأم دون الولد: أنهما يباعان معًا، أو يحتمل التفريق، ولم يذكروا فيما نحن فيه احتمال التفريق، وإنما احتالوا في دفعه؛ فيجوز أن يقال: يجيء وجه التفريق أيضًا هنا، لكنهم لم يذكروه اقتصارًا على الأصح. ويجوز أن يفرق بأن مال المفلس مبيع كله، مصروف إلى الغرماء؛ فلا وجه لاحتمال التفريق، مع إمكان المحافظة على جانب الرجوع، وكون ملك المفلس مزلزلاً.

وما قاله من أن الوجه المذكور في الرهن لم يذكره أحد هنا قد حكاه الماوردي حيث قال: من أصحابنا من جوز التفرقة بينهما للضرورة، مثل ما قيل في التفرقة

---

(١) في جـ، د: شهد.
(٢) سقط في د.
(٣) في التنبيه: فإن.

بينهما في الرهن، وقد أشار إليه الإمام - أيضًا - في كتاب السير بقوله[(١)]: إنهم جوزوا الرجوع في الأم للضرورة، وصرح به الشاشي في «حليته»، وابن يونس في شرح هذا الكتاب، أما إذا اشتراها وهي حامل، ثم وضعت قبل الفلس، أو اشترى النخل والثمرة غير مؤبَّرة، ثم أُبِّرت قبل الفلس -فله الرجوع في الجارية والنخل، وهل له الرجوع في الولد والثمرة إذا كانا موجودين؟ فيه قولان، لكن القولان في جواز الرجوع في الثمرة مرتبان على القولين في الولد، وأولى بالرجوع؛ لأنها مقصودة في نفسها، بدليل جواز إفرادها بالبيع على المذهب، بخلاف الحمل.

وقد وجه الإمام وجه الرجوع[(٢)] في الولد بأنه كان موجودًا عند البيع؛ فأشبه الأم، ومقابله: بأنه كان صفة عند العقد غير موثوق بها، وهو الآن عبد مملوك مستقل بنفسه؛ فقدرنا كأنه وجد جديدًا بعد البيع. ثم قال: وقد بنى الأصحاب الخلاف على أن الحمل [هل يعرف أم لا؟ وما ذكرته مع ضعفه أولى من كون الحمل][(٣)] مجهولاً؛ فإنا إن شككنا في الحمل حالة اجتنانه، فإذا انفصل لما دون ستة أشهر، لم نشك بعد انفصاله في كونه موجودًا عند العقد.

وحيث قلنا بجواز الرجوع في الولد والثمرة عند الوجود، فلو كانا مفقودين فالذي حكاه الماوردي في الولد: أن البائع يضارب بقيمته حملاً في بطن أمه حين القبض[(٤)]؛ لأنه بعد الولادة أكثر ثمنًا، وكثرة ثمنه حادثة في ملك المشتري؛ فتقوَّم الأم حاملاً، ثم حائلاً، وما بينهما يعطى للبائع من الثمن.

ولو كانت الزيادة غير متميزة: كسمن الجارية، وطول النخلة، وطيب الثمرة، فلا خلاف في جواز الرجوع فيها، بخلاف الصداق، [وستقف على ما قيل بينهما من الفرق[(٥)] في كتاب الصداق][(٦)].

ولو كان المبيع بذرًا فزرعه، فصار حبًّا، أو بيضًا فصارت فرخًا، أو عصيرًا فصار خمرًا، ثم خلاًّ، فهل له الرجوع فيه؟ [فيه][(٧)] وجهان:

أصحهما عند العراقيين وصاحب «التهذيب»: أن له الرجوع.

---

(١) في أ: بقولهم.
(٢) في أ: إلى.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: أقبض.
(٥) في د: الفروق.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في د.

وعند القاضي أبي الطيب، وابن كجٍّ، والغزالي: مقابله، وهو الذي جعله المتولي المذهب.

ولو اشترى زرعًا أخضر مع الأرض، ثم أفلس وقد اشتد الحب -حكى العراقيون ترتيبه على الخلاف السابق، وأنه أولى بالرجوع، وقد حكى الرافعي فيها طريقين:

أحدهما: القطع بالرجوع.

والثاني: طرد القولين، وهما يؤخذان مما ذكرناه.

قال: وإن كانت[1] **الزيادة طلعًا غير مؤبرة، ففيه قولان:**

أحدهما: يرجع فيها مع الطلع؛ لأنه يتبع الأصل [في البيع][2]، فيتبعه في الفسخ كالسمن والكبر، وهذا ما رواه المزني وحرملة، وقال الإمام: إنه الظاهر.

والثاني: يرجع فيها[3] **دون الطلع**؛ لأن الطلع ليس عين ماله، فلم يرجع فيه، وهذا ما رواه الربيع، وقد روى الرافعي طريقة جازمة به، وهي تؤخذ مما قاله الإمام أن هذا الخلاف مرتب على الخلاف الآتي في مسألة الحمل، وأولى بألا يرجع فيه، وحكم غير النخل من الأشجار إذا رجع فيها البائع وقد أثمرت في يد المشتري، يظهر لك من باب بيع الأصول والثمار، كما صرح به الأصحاب.

فرع: إذا جوزنا الرجوع في الطلع، فلم يتفق حتى أبر، سُلِّم للمفلس وفاقًا، ولو رجع البائع ووجد الطلع مؤبرًا، واختلف في أنه أبر قبل الرجوع أو بعده، نظر:

إن ادعى المشتري أنه رجع بعد التأبير، وأن الثمرة التي هي الطلع غير تابعة، وصدقه الغرماء -فالقول قوله مع يمينه؛ فيحلف: إنه لا يعلم أن البائع رجع قبل التأبير، قال الإمام: ولا يتأتى تحليفه ما[4] لم يدع عليه العلم بتقدم رجوعه على وقوع التأبير، فلو صدقه البائع على عدم العلم [بذلك لم يحلف، وحكي عن المسعودي تخريج قول: أن المفلس لا يحلف، وإن لم يصدقه البائع على عدم العلم][5]؛ بناءً على أن النكول وردَّ اليمين كالإقرار، وأنه لو أقر لما قبل إقراره، وعن أبي الحسين أن بعضهم ذكر قولاً: أن القول قول البائع، لأنه أعرف[6] بتصرفه، وعلى المذهب لو نكل المفلس عن اليمين، فهل يحلف الغرماء، أو ترد على البائع؟ فيه طريقان، يأتي

(١) في جـ: كان.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: فيما.
(٤) في جـ: فإن.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ: اعترف.

مثلهما في المسألة التي في آخر الباب.

فإن قلنا: إنهم يحلفون، فحلفوا، قسم ذلك بينهم.

وإن نكلوا، أو قلنا: إنهم لا يحلفون، فيحلف البائع: فإن نكل فهو كحلف المفلس، وإن حلف، قال الإمام والرافعي: انبنى ذلك على أن يمين الرد مع الحلف بمنزلة الإقرار أو البينة؟ إن قلنا بالثاني استحق، وإن قلنا بالأول؛ ففي استحقاقه قولان؛ كما لو أقر له المفلس ابتداءً، وأنكر الغرماء، فإن لم يسلمها له كانت فائدة يمينه أنها لو فصلت سلمت إليه. وما قالاه ظاهر فيما إذا قلنا: إن الغرماء لا يحلفون، أما إذا قلنا: إنهم يحلفون، فنكلوا، فالذي يجب القطع به: استحقاق البائع للثمرة، كما صرح به الماوردي وغيره؛ لأنا إذا قلنا: إن ذلك بمنزلة الإقرار، فالمفلس والغرماء لو أقروا سلمت الثمرة له بلا خلاف.

ثم إذا لم تسلم الثمرة للبائع بيمينه بعد نكول المفلس، وقولنا: إن الغرماء لا يحلفون -فهل للبائع طلب يمينهم على عدم العلم برجوعه قبل التأبير؟ فيه طريقان:

أحدهما: القطع بأنهم يحلفون.

والثاني: في المسألة قولان:

فإن حلفوا سلمت الثمرة[1] إليهم.

وإن نكلوا ردت اليمين على البائع مرة أخرى، وحلف واستحق.

ولو حلف بعض الغرماء، ونكل البعض استحق الحالف بيمينه بقسط دينه من الثمرة، واختص به دون من لم يحلف، وحلف البائع على الباقي واستحقه، ولو صدق المفلس البائع في رجوعه قبل التأبير، وكذبه الغرماء، فهل القول قول المفلس أو الغرماء؟ فيه قولان:

فإن قلنا: قول المفلس، لم يحلفه، صرح بذلك الماوردي.

وكان يتجه أن يتخرج حلفه على الخلاف في تحليف الراهن إذا أقر بجناية العبد المرهون.

وإن لم يقبل قول المفلس، قال ابن الصباغ: فهو كالناكل؛ فيحلف الغرماء على أحد القولين، وبه قطع بعضهم، وهو الذي جزم به الماوردي، فإذا حلفوا قسمت

(١) في جـ: سلم كالثمرة.

بينهم، وثبتت في ذمة المفلس للبائع، وعلى القول الآخر يحلف البائع.

ولو صدق الغرماء البائع، وكذبه المفلس، فالقول قوله أيضًا، وليس للغرماء بعد حلفه طلب توفية الثمرة في ديونهم.

قال الرافعي: وليس للمفلس التصرف فيها؛ لمكان الحجر، واحتمال أن يكون له غريم آخر، وللمفلس إجبارهم على قبول الثمرة عن حقوقهم إن كانت من جنس حقوقهم(١)، أو الإبراء، كذا أطلقه الماوردي.

وفي «النهاية»: أن هذا فيما إذا قالوا: له مال آخر، وأبوا فك الحجر عنه، وأنهم إذا أجابوا إلى فك الحجر، أو اعترفوا أنه لا مال له سوى ما قسم بينهم، ففي الإجبار الخلافُ المذكور في الدين الحال، وقد ذكرته في السلم.

وفي «الشامل» أطلق حكاية الخلاف عن الأصحاب في الإجبار، والظاهر -كما حكاه غيره-: الإجبار.

وإذا قبضوا الثمار وجب عليهم ردها إلى البائع، بخلاف ما لو كانت من غير جنس حقوقهم وبيعت، وصرف ثمنها إليهم؛ فإنه لا يجب عليهم رده إلى البائع، وعليهم رده على المشتري، فإن لم يأخذه فهو مال ضائع، وفي «الحاوي» حكاية وجه: أن الغرماء إذا قبضوا ثمن الثمرة [وجب عليهم رده إلى البائع صاحب النخل.

ولو امتنع الغرماء من قبض ثمن الثمرة](٢)، قال المتولي: الحكم فيهم كالحكم في الذمي إذا باع الخمر والخنزير، وجاء بثمنه إلى مسلم ليقضيه(٣) دينه، [والنقل في هذه المسألة](٤) - كما صرح به هو وابن الصباغ وغيرهما في كتاب الرهن - حكاية وجهين، وعللا وجه الإجبار على القبض أو الإبراء: بأن(٥) أهل الذمة إذا تقابضوا في العقود الفاسدة جرى مجرى الصحيحة، وفي «الوسيط» في كتاب الشفعة: أن الذمي إذا أحضر إلينا ثمن خمر شاهدناه عن الجزية لم(٦) نقبلها منه. وإن لم نره واعترف به؛ ففيه وجهان، وجه الجواز: أنه لا اعتماد على قولهم.

ولم يظهر لي فرق بين المسألتين؛ فينبغي أن يكون الحكم فيهما واحدًا عن مسألة

---

(١) في أ: حقهم.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: ليقض.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: فإن.
(٦) في أ: فلم.

الدين ومسألة الجزية، وأما مسألتنا: فعندى إلحاقها بما إذا أقر المرتهن[١] بجناية العبد المرهون، وأنكر الراهن وباع العبد، وأراد إجبار المرتهن على قبض حقه منه أو الإبراء - أشبه، والحكم في هذه الصورة كما ذكره المتولي: الإجبار.

ووجه الشبه: أن الشرع يحكم[٢] بصحة التصرف ظاهرًا في الموضعين، والله أعلم.

ولا نزاع في أن للغرماء أن يشهدوا للبائع، وليس لهم أن يشهدوا للمفلس.

قال الرافعي: وأحسن بعض الشارحين حيث حمل شهادتهم للبائع على ما إذا شهدوا قبل تصديقه، ولو صدق المفلسَ بعضُ الغرماء والبائع البعض، فللمفلس تخصيص مصدِّقه بالثمار. ولو أراد قسمتها على الكل فوجهان:

قال أبو إسحاق: له ذلك.

وقال الأكثرون: لا، كذا حكاه الماوردي وابن الصباغ والرافعي، وفيه نظر؛ من حيث إن الذي يتولى القسمة الحاكم، وكذلك فرض الإمام الكلام فيه.

ولو لم يفِ ما حصل للمصدقين بديونهم، فيضاربوا سائر الغرماء ببقية ديونهم؛ مؤاخذة لهم بزعمهم، أو بجميع ديونهم؟ فيه وجهان، أصحهما - وهو المنصوص - الأول.

قال: وإن كانت الزيادة حملاً لم ينفصل، ففيه قولان:

أصحهما: أنه يرجع فيها مع الحمل.

والثاني: يرجع فيها دون الحمل.

وتوجيههما ما ذكرناه، وقد بناهما الماوردي وغيره على أن الحمل هل يقابل بالثمن أم لا؟

إن قلنا: لا، أخذها حاملاً.

وإن قلنا: نعم، كان له الرجوع في الأم، ولا حق له في الولد.

وفي الرافعي على هذا حكاية وجه: أنه يرجع فيه[٣] أيضًا. ثم قال: وقضية هذا البناء أن يكون الصحيح القول الثاني، وكذلك ذكر بعض شارحي «المفتاح»،

---

(١) في أ: المرهون.

(٢) في أ: حكم.

(٣) في د: فيها.

والأكثرون على ترجيح القول الأول.

واعلم: أن كلام الشيخ مصرح بجواز الرجوع في الجارية في الحال على القولين، وهو قول الشيخ أبي حامد، فتوضع الجارية على يد عدل إذا قلنا: إنه لا يرجع في الحمل، وتكون نفقتها على البائع مالك الأم دون المفلس مالك الحمل، سواء قلنا: إن النفقة تجب لها، أو للحامل، كذا قال الماوردي، وفي «الشامل» أنا إذا قلنا: إن الحمل يسلم للمفلس؛ لم يكن له الرجوع في الأمة؛ لأن الولد كالزيادة المنفصلة؛ فلا يمكن الرجوع فيها، ولا يمكن الرجوع في الأصول دون الحمل. وظاهر هذا يقتضي منع الرجوع مطلقًا، وقال الصيدلاني وغيره، - وهو المحكي [في «التتمة»][(١)]-: إن البائع على هذا القول يصير إلى انفصال الولد، ولا يرجع في الحال.

ثم الاحتراز عن التفريق بين الأم والولد بعد الوضع طريقُهُ ما مر، وقد ذكرت طرقًا فيما يستتبع الحمل والثمرة من العقود والفسوخ جزمًا، وما هو مختلف فيه في باب ما يجوز بيعه فليطلب منه.

قال: وإن زادت قيمة العين بقِصَارةٍ أو طحن رجع في العين - أي: إن اختار - لما ذكرناه، وكانت الزيادة للمشتري؛ لأنها حصلت[(٢)] بفعل متقوم فجزم[(٣)] بجواز إفراده بعقد الإجارة؛ فجرت مجرى الأعيان.

ونقل[(٤)] عن الشافعي قول آخر، واختاره المزني: أن الزيادة للبائع؛ لأنها[(٥)] لا تتميز فأشبهت السمن، ولأن القصارة تزيل وسخ الثوب، وتكشف عما فيه من البياض، والطحن تفريق أجزاء مجتمعة فأشبه كسر الجوز.

وهذا الخلاف يعبر عنه الفقهاء بأن القصارة والطحن يسلك بهما مسلك العين [أو الأثر، والصحيح أنها كالعين][(٦)] كما حكاه الشيخ.

التفريع:

إن قلنا بما رجحه المزني كان للبائع حق الرجوع، زادت القيمة أو نقصت، ولا شيء له عند النقص بسبب ذلك؛ كما لا يغرم شيئًا عند الزيادة، وتكون أجرة الصانع

---

(١) سقط في أ.
(٢) في جـ، د: جعلت.
(٣) في أ: محترم.
(٤) في جـ، د: نقل.
(٥) في أ: فلأنها.
(٦) سقط في أ: وفي د: أو الإيراد والصحيح.

في مال المفلس، وعن صاحب «التلخيص»: أن على البائع أجرة القصار[(١)]، وغلطه الأصحاب.

ولك أن تقول: قد قدمتم حكاية خلاف فيما إذا حصل في العين نقصان صفة بفعل المشتري أن ذلك يلحق بالآفة السماوية أو بالفعل المضمون؛ فيتجه أن يجيء مثله هنا إذا نقصت القيمة.

وإن قلنا بالثاني - كما حكاه الشيخ - فإذا كانت قيمة العين قبل العمل عشرة، وبعده خمسة عشر بسبب العمل، لا لارتفاع الأسواق -فقد صار المفلس شريكًا للبائع إذا رجع بثلث العين، ولا تسلم إلى واحد منهما، بل توضع على يد عدل حتى تباع، ثم ينظر: فإن كان المفلس هو الذي قصر الثوب وطحن الحب بيعت العين، وسلم للبائع ثلثا الثمن، ولغرماء المفلس الثلث.

وإن كان الذي قصر وطحن أجيرًا؛ نظر:

فإن كانت الأجرة قدر الزيادة رجع فيها الأجير، وصار شريكًا للبائع في العين في ثلث ثمنها.

وإن كانت الأجرة أكثر من الزيادة، مثل أن كانت عشرة، كان الأجير شريكًا للبائع في العين في ثلث ثمنها، ويضارب بما بقي له من الأجرة، وهو خمسة، وللبائع الثلثان.

وإن كانت الأجرة أقل من الزيادة، مثل أن كانت درهمين ونصفًا صار الأجير شريكًا للبائع في الثمن بالسدس، وللبائع الثلثان، وللمفلس السدس يقسم على غرمائه.

وهذا ملخص[(٢)] ما قاله الماوردي والإمام.

وفي «الشامل» و«التهذيب»: أن للبائع أن يمسك المبيع، ويمتنع من بيعه، ويبذل للمفلس ما زاد فيه بسبب العمل.

ومنع المتولي منه؛ لأن الصفة [لا][(٣)] تقابل بعوض[(٤)].

فإن قيل: إن جعلتم الأجير كالواجد لعين عمله حتى يقدَّم بما يقابله عند تساوي

---

(١) في جـ: القصارة.
(٢) في أ: تلخيص.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: العوض.

الزيادة والأجرة على الغرماء؛ فينبغي أن يعطى ذلك إذا كان زائدًا، ولا يضارب مع الغرماء بتمام أجرته عند نقص الزيادة عنها.

قلت: قد حكى الغزالي أن بعض الأصحاب [قال به، وطرد القياس، لكن المنصوص الأول.

وقد ادعى الرافعي أن ما حكاه الغزالي عن بعض الأصحاب][(١)] لم يعثر عليه لغيره، لكن ذكر ابن كج أن أبا الحسين[(٢)] خرَّج وجهين في أنه لو قال الغرماء للقصار: خذ أجرتك، ودعنا نكون شركاء صاحب هذا الثوب -هل يجبر عليه؟ وأن الأصح: الإجبار، وعلى هذا القياس على البائع إذا قدمه الغرماء بالثمن.

وقد أجاب الماوردي عن عدم أخذه الزيادة: بأنه أسقط حقه منها؛ حيث رضي بالأجرة المقررة. وعن كونه يضارب بما نقص: بأنه لما لم يستحق الزيادة، وجب ألا يحسب عليه النقصان.

والذي أجاب به الإمام: أنه جعل حق المستأجر من العين كحق المرتهن من الرهن، وقد سبق أن الحكم في المرهون[(٣)] على هذا النحو. وما قاله ظاهر إذا كانت العين في [يد المستأجر][(٤)]؛ بناءً على أن للبائع حق الحبس، أما إذا كان قد سلم العين إلى المفلس ففي جعله كالمرهون نظر، وإلى ما حكاه الإمام أشار الغزالي بقوله: فله حق حبس الثوب. يريد: على سبيل الوثيقة.

وقد فهم الرافعي من ذلك أن المراد به: إذا كان الثوب في يد القصار كان له حبسه إلى استيفاء الأجرة؛ فلأجل ذلك قال: ولا تعلق له بالمفلس.

وقد حكى الإمام بعد ما حكيناه أن في هذه المسألة غلطتين للأصحاب:

إحداهما: أن شيخه قال: إذا كانت قيمة الثوب عشرة، والأجرة درهمًا، والثوب بعد القصارة يساوي خمسة عشر، فاشتراه راغبٌ بثلاثين - أن للبائع عشرين، وللقصار درهمين، وللمفلس ثمانية. فإن مقتضى ما ذكر من تشبيه تعلق [حق][(٥)] القصار بالثوب بالمرتهن ألا يعطى القصار إلا درهمًا، وأن الوجه القطع به.

والغلطة الثانية: أن الأصحاب قالوا في التفريع على أن القصارة عين: يفسخ

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: الحسن.
(٣) في أ: المرتهن.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في ج، د.

القصار العقد، ويرجع إلى القصارة[١]، ثم فصلوا المذهب كما ذكرناه. ولو كان الأمر كما ذكروا لاستحق القصار [الأجرة][٢] بكمالها بالغة ما بلغت.

قلت: ولعل ما حكاه الغزالي عن بعض الأصحاب أخذه من هاهنا.

واعلم: أن الحكم في الخياطة بخيط من نفس الثوب، والصباغة، والنجارة، والبناية، وذبح الشاة، وشي اللحم، وخبز العجين، ونسج الثوب -ملحق بما ذكرناه، وقد ألحق ابن سريج، وصاحب «التلخيص» وأبو محمد به - أيضًا - تعليم العبد الحرفة، والقرآن، والكتابة، والشعر المباح، ورياضة الدابة.

[وذهب][٣] أبو إسحاق، وابن أبي هريرة، وابن القطان إلى أن هذه الأشياء لا تجري مجرى الأعيان قطعًا؛ لأنه ليس بيد المعلم والرائض إلا التعليم، وقد يجتهد فيه فلا يحصل الغرض؛ فكان كالسمن، وهذا ما حكاه في «الاستقصاء».

وقال الرافعي: الأصح الأول، والضابط عليه أن يصنع في المبيع ما يجوز الاستئجار عليه، ويظهر أثره فيه، واحترز بظهور الأثر عن حفظ الدابة وسياستها.

تنبيهان:

أحدهما: قول الشيخ: زادت قيمة العين بقصارة أو طحن، فيه إشارة إلى أن الزيادة لو حصلت عند القصارة والطحن؛ بسبب ارتفاع السوق، لا بسبب القصارة والطحن - أن الحكم لا يكون كذلك، وهو صحيح؛ لأن للبائع أن يرجع في العين، ولا شيء لغيره معه.

الثاني: القصارة: بكسر القاف، يقال: قصره يقصره -بضم الصاد- قصرًا: إذا بيَّضه ودقه.

قال الزجاج والواحدي: كل ما اشتمل على شيء فهو فِعالة -بالكسر- نحو: الغِشاوة والعمامة، والقلادة، والعصابة، وكذا أسماء الصنائع لا تشتمل كلها فيها: كالخياطة والقصارة، وكذا من استولى على شيء فاسم ما استولى عليه: الفِعَالة: كالخلافة، والإمارة.

قال: وإن اشترى ثوبًا، وصبغًا فصبغ به الثوب - أي: بنفسه- فإن لم تزد

---

(١) في جـ: القصار.
(٢) سقط في أ، د.
(٣) سقط في أ.

قيمتهما[١] [أو لم تنقص][٢] - أي: مثل أن كانت قيمة الثوب عشرة والصبغ خمسة، فصارت قيمة الثوب مصبوغًا خمسة عشر، قال: رجع كل واحد منهما في ماله؛ لأنه وجده، ويكونان شريكين في ذلك. ثم ما كيفية الشركة؟ حكى البغوي والطبري عن رواية الشيخ أبي علي في «الشرح» فيما إذا كان المشتري قد صبغ الثوب بصبغ من عنده، ورجع بائع الثوب فيه [وجهين][٣] في كيفية الشركة في هذه الصورة:

أحدهما: أن يكون لصاحب الثوب ثلثا الثوب وثلثا الصبغ، ولصاحب الصبغ ثلث الصبغ وثلث الثوب؛ لأن مال كل واحد منهما لا يتميز عن مال الآخر؛ فصار كما لو اشترى زيتًا فخلطه بمثله.

والثاني: أن جميع الثوب يكون لبائعه، وجميع الصبغ لصاحبه؛ كما لو اشترى أرضًا، وبنى فيها وغرس.

قلت: ويتجه جريانهما في مسألتنا؛ إذ لا فرق بينهما، والمشهور فيها: أن الثوب يباع، وتقسيم[٤] الثمن في مثالنا: الثلثان، والثلث.

وقد تظهر ثمرة الخلاف في كيفية الشركة، فيما لو أراد صاحب الثوب قلع الصبغ، أو المفلس والغرماء: فإن قلنا بالأول فلا يمكنوا، وإن قلنا بالثاني كان الحكم كما سنذكر في مسألة الأرض إذا غرست، وهو المنقول في «الرافعي»؛ حيث قال فيما إذا طلب صاحب الثوب قلع الصبغ: إنه كما لو طلب صاحب الأرض التي بنى فيها المفلس [وغرس، قلع البناء والغراس، وفيما إذا طلب المفلس][٥] والغرماء قلع الصبغ: يغرمون[٦] نقصان الثوب.

[وعن الأصحاب][٧]: أن القاضي ابن كج قال لهم ذلك.

ولا فرق فيما ذكرناه عن الأصحاب من الشركة بين أن يكون الصبغ يمكن فيه التمييز والاستخلاص أم لا.

وعن القاضي أبي حامد وجه: أنه ينزل منزلة القصارة والطحن إذا كان لا يمكن تمييزه واستخلاصه؛ حتى يكون تبعًا للثوب على أحد القولين.

---

(١) في جـ: قيمتها.
(٢) سقط في التنبيه.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: ويقسم.
(٥) سقط في أ، د.
(٦) في جـ: ويغرموا.
(٧) سقط في جـ، د.

قال: وإن زادات قيمتهما - أي: بسبب الاجتماع لا بسبب ارتفاع الأسواق- مثل أن صارت قيمة الثوب مصبوغًا عشرين - قال: رجع كل واحد منهما في ماله؛ لما ذكرناه، وتكون الزيادة[(١)] **للمشتري**؛ لأنها حصلت بفعله.

وهذا من الشيخ جواب على ما جزم به أولاً من أن الصنعة كالعين؛ فيكون لبائع الثوب النصف من الثمن، ولبائع الصبغ ربعه، وللمفلس الربع، وعلى القول الذي اختاره المزني: أن الصنعة أثر؛ فتكون[(٢)] الخمسة الزيادة بين صاحب الصبغ وبين صاحب الثوب بالقسط، ولا شيء للمفلس.

وفي «النهاية» فيما إذا كان المفلس قد صبغ الثوب بما ليس يمتنع: أن الشيخ أبا على ذكر في «الشرح» أن بائع الثوب يفوز بالزيادة إذا قلنا: إن الصنعة أثر، ثم قال: وكنت أود أن نقص الصنعة على الثوب والصبغ.

وما ودَّهُ هو الذي أورده الشيخ أبو على في «شرح الفروع»، وصاحب «التهذيب»، والأكثرون على نحو ما قلنا هنا.

وفي كتاب القاضي ابن كج نقل الوجهين معًا، كذا حكاه الرافعي، وقال بعده: إن ما ذكره في هذه المسألة يجرى فيما إذا كان الصبغ مشترًى؛ فيجيء مع ما ذكرناه فيها وجه آخر: أن لبائع الثوب النصف والربع، ولبائع الصبغ الربع.

أما إذا كان سبب الزيادة ارتفاع الأسواق لا حصول الصنعة، نظر: إن كانت الزيادة في قيمة الثوب لا غير كانت لبائعه، وإن كانت في قيمة الصبغ كانت لبائعه، وإن كانت فيهما[(٣)] وزعت عليهما بالنسبة، كذا صرح بمثله ابن الصباغ في مسائل الغصب، كما[(٤)] سنذكره إن شاء الله تعالى.

قال: وإن نقصت[(٥)] - أي: مثل أن صارت قيمة الثوب مصبوغًا اثنى عشر، وسعر الثوب باقٍ على حاله - قال: حسب النقصان [على صاحب][(٦)] **الصبغ**؛ لأن أجزاءه تتفرق وتنقص، والثوب موجود بحاله، ولأن الثوب لو كان قيمته مصبوغًا كما كانت قبل الصبغ، أو أنقص، لا بسبب نقصٍ في قيمة الثوب -لم يكن لصاحب الصبغ فيه

---

(١) في التنبيه: وما زاد.
(٢) في أ: بكون.
(٣) في د: قيمتها.
(٤) في أ: مما.
(٥) زاد في التنبيه: قيمتها.
(٦) في التنبيه: من قيمة.

حق؛ فأولى أن يحسب النقص عليه.

قال: ويرجع[(١)] **صاحب الثوب بمالَهُ**؛ لأنه وجده، فيكون له من ثمن ذلك عشرة، وصاحب الصبغ بالخيار: إن شاء رجع فيه ناقصًا - أي: فيعطى من الثمن درهمان، ولا شيء له غير ذلك، وإن شاء ضرب مع الغرماء - أي: بالثمن- كما لو نقص الصبغ من غير أن يصبغ به.

وقد وافق الشيخ في هذا الماوردي، وهو قول الشيخ أبي حامد، وفي «الشامل» و«المهذب» وغيرهما: أن لصاحب الصبغ إذا رجع فيه أن يضارب مع الغرماء بما نقص من قيمته. قال ابن الصباغ: لأن النقصان تلف جزءٍ من الصبغ.

وفي «الجيلي» تأويل قول الشيخ: إن شاء رجع فيه ناقصًا -أى: ويضارب بقدر أرش النقص من الثمن؛ حملاً على ما قاله ابن الصباغ. وفي «المهذب»: وإن أحدًا من المصنفين لم يذكر أنه مع الرجوع في الصبغ لا يضارب بما نقص، وقد علمت ما حكيناه فيه.

قلت: والتحقيق في هذه المسألة أن يقال: إن كان النقصان بسبب نقصان صفة الصبغ لا غير، كما إذا كانت زنة الثوب خمسة أرطال، وزنة الصبغ رطلاً، وزنة الثوب مصبوغًا ستة -فلا يرجع بائع الصبغ إذا اختاره بغيره، كما قاله الشيخ؛ لما تقدم أن المبيع إذا نقص بفعل المشتري نقصان صفة كان كالنقص بالآفة السماوية عند العراقيين، وإن كان النقص بسبب نقصان جزء من الصبغ، وذهابه في الثوب -كما قال ابن الصباغ في التعليل: وكلام الشيخ في «المهذب» يوافقه- كان لبائع الصبغ الرجوع في الدرهمين، والمضاربة بما بقى [له][(٢)] من الثمن، وهو ثلاثة في مثالنا، كما حكاه في «المهذب» و«الشامل»؛ لما تقرر أن نقصان الجزء لا فرق فيه بين أن يكون بفعل أجنبى أو بآفة سماوية أو المشترى، لكن بشرط أن يكون الثمن الذي اشترى المفلس به الصبغ مساويًا لقيمته، ولو احتمل أن يكون نقصان [الثمن؛ بسبب نقصان الصفة أو نقصان][(٣)] جزء، وبنينا[(٤)] الأمر على أنه نقصان جزء؛ فيضارب بائع الصبغ بعد الرجوع في الدرهمين بثلاثة دراهم؛ لأن جملة الثمن قبل الفسخ ثابتة في ذمة

---

(١) في التنبيه: فيرجع.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: وينبني.

المفلس، وعند الفسخ يسقط منه ما قابل الذي استرجعه البائع، ونحن نشك في أن الدراهم الثلاثة برئت منها ذمة المفلس أم لا؟ والأصل بقاؤها في الذمة، والله أعلم.

والحكم فيما لو كان المشتري قد صبغ الثوب بصبغ من عنده، ثم أفلس كالحكم فيما إذا كان قد اشتراه، وصبغ به، إلا أن في هذه الصورة لبائع الثوب أن يبذل ما يستحقه المفلس من الصبغ ليخلص له مصبوغًا، وفيه مَنْع صاحب «التتمة» الذي حكيناه في الفصل قبله، وصرح بأن له أن يقلع الصبغ، ويغرم للمفلس نقصان الصبغ، ولو كان الصبغ مبتاعًا من بائع الثوب، فالحكم كما ذكرناه عند الجمهور. وفي «الحاوي» في هذه الصورة: أن قيمة الثوب إذا كانت عشرة، وقيمة الصبغ عشرة، فصارت قيمتهما بعد الصبغ خمسة عشر - أن البائع بالخيار بين أن يرجع فيهما[(١)] ولا شيء له، أو يضرب مع الغرماء بالعشرين؛ لأن العمل قد ضاع، وصار مستهلكًا، وقد نقص الثوب والصبغ نقصانًا لا يتميز. ولا يخفى عليك ما فيه من النظر.

فرع: لو كان المبيع أرضًا، وقد بنى فيها المشتري وغرس، ثم أفلس[(٢)]، وحجر

---

(١) في جـ: فيها.

(٢) قوله: فرع: لو كان المبيع أرضا، وقد بنى فيها المشتري وغرس، ثم أفلس... إلى آخره. ثم قال في آخر الفرع: وفي «النهاية» ما يجتمع منه أربعة أقوال فيه: أحدها: أن بائع الأرض فاقد عين ماله؛ فلا يرجع بحال.
والثاني: أن الأرض والبناء والغراس يباعان معا كما يفعل في الثوب المصبوغ.
والثالث: أنه يرجع في الأرض، ويتخير بين ثلاثة أشياء كما في حق المستعير.
والرابع: أنه إن كانت قيمة الأرض أكثر فهو واجد، وإن كانت قيمة البناء أكثر فهو فاقد، وأن الحكم فيما لو وهب لولده أرضا كذلك. قال الرافعي: وأنت إذا تأملت هذا الكلام، بعد وقوفك على المذهب المعتمد، وتصفحك عن كتب علمائنا، ورأيت ما بينهما من المخالفة الصريحة - قضيت العجب منه، وقلت: ليت شعري من أين أخذت هذه الأقوال! انتهى كلامه.
واعلم أن نقله لإنكار الرافعي وسكوته عليه دليل على موافقته للرافعي في الإنكار، وأنه لم يظفر بالأقوال التي نقلها الإمام، وليس كذلك؛ بل الأقوال ثابتة، وقد تفطن في «المطلب» إلى الصواب، فقال: أما القول الثالث والرابع فلا إشكال فيهما، وقد حكاهما الرافعي. قال: وأما الأول فقد نقله القاضي حسين في «تعليقه»؛ فإنه نقل قولا في منع رجوع الواهب بعد الغراس أو البناء، وقال - أي القاضي-: إنه مثل قوله في المفلس إذا غرس وبنى: لا يرجع بائع الأرض فيها؛ فثبت القول بمنع الرجوع على الإطلاق. ثم إن ابن الرفعة أيده وقواه بأن المشتري بنى في ملكه الذي لا خيار فيه، بخلاف الموهوب له والمستعير ومشتري الشقص. وأما القول الثاني فقد حكاه ابن سريج كما مر، ونقله المحاملي وغيره. وقد ذكره - أيضا - في «الكفاية»، ثم سلك في =

عليه، والبناء والغراس قائم في الأرض [- نُظِر:][١] إن توافق الغرماء والمفلس على قلع ذلك فهو لهم، ولبائع الأرض أن يرجع فيها بيضاء، فإن قلع بعد رجوعه، ونقصت الأرض بالقلع: فإن أمكن إزالة النقص[٢] بتسوية الأرض كان عليهم ذلك، وإن لم يمكن[٣] به فعليهم غرم ما نقصت به الأرض، ويقدم بذلك على الغرماء، كما صرح به الماوردي، والشيخ في «المهذب»، وصاحب «التهذيب»، وغيرهم.

وفي «الرافعي» أن الشيخ أبا حامد ذكر أنه يضارب بها مع الغرماء.

قلت: والظاهر أن ما ذكره أبو حامد في الحالة الثالثة لهذه؛ فإن راوِيَيْه: البندنيجي والمحاملي قد قالا في هذه الصورة مثل ما حكيته عن الماوردي وغيره.

وإن قلع قبل رجوعه فهل على المشتري غرم نقص[٤] الأرض؟ فيه وجهان في «الحاوي»، فإن رجع به ضارب به الغرماء، وليس لبائع الأرض في الحالة الأولى أن يجبرهم على أخذ قيمة البناء والغراس ليتملكهما[٥].

ولو رضى المفلس بالقلع، وقال الغرماء: نأخذ القيمة من البائع ليتملك البناء والغراس، أو كان الأمر بالعكس، أو وقع هذا الاختلاف بين الغرماء -قال ابن كج: يجاب من في قوله المصلحة.

وإن امتنع الغرماء والمفلس من القلع، فإن بذل بائع الأرض قيمتهما قائمين كان له الرجوع في أرضه، ويجبر المفلس والغرماء على أخذ قيمة ذلك أو قلعه مجانًا، كما صرح به الماوردي، وإن كان لفظ الرافعي يوهم تعين أخذ القيمة.

وفي «تعليق» القاضي الحسين أن من أصحابنا من قال: لا يقلع ذلك مجانًا بحال، بخلاف بناء المستعير وغراسه.

ولو لم يبذل بائع الأرض قيمة البناء والغراس، ولكن ألزم أرش نقصهما إذا قلعا - كان له الرجوع في الأرض، وإجبارهما على القلع، قال القاضي الحسين في

= «المطلب» مسلكا آخر في الجواب عن الإمام، فقال: إذا امتنع المفلس والغرماء من القلع، والبائع من بذل القيمة وأرش النقص - جاءت الأقوال. وكلام الرافعي مشتمل عليها، فتأمله، وحينئذ فلا اعتراض على الإمام إلا من جهة الإطلاق، فإذا حملنا كلامه على هذا اندفع الاعتراض منه. [أ و].

(١) سقط في ج.
(٢) في أ: البعض.
(٣) في ج: يتمكن.
(٤) في أ، د: بعض.
(٥) في ج، د: لتملكها.

تعليقه: بلا خلاف.

ولو لم يبذل البائع قيمة البناء والغراس، ولا[1] ألزم أرش نقصهما فهل له الرجوع في أرضه؟ فيه طريقان:

إحداهما - وهي طريقة المزني، وابن سريج وأبي إسحاق - حكاية قولين [فيه][2]:

أحدهما - وهو اختيار المزني-: أن له ذلك كما في مسألة الصبغ.

والثاني -وهو الأصح-: لا، ويضرب البائع مع الغرماء بالثمن؛ لما في ذلك من الإضرار بالمفلس، وضرره من وجهين:

أحدهما: زوال منفعة البناء بزوال الانتفاع بالأرض، وفي الأشجار عدم إمكان الاستطراق إليها، وبهذا فارق مسألة الصبغ؛ فإنه لا ضرر على مالك الصبغ بالرجوع في الثوب.

والثاني: نقصان قيمة ذلك بسبب تسلط الغير على نقصه، وقد قاس ابن الصباغ هذا القول [على][3] ما إذا باعه مسامير فسمَّرها في خشبة.

والطريقة الثانية: [حمل][4] ما نقل عن الشافعي من القولين على حالين، وقد اختلف الأصحاب في الحالين على أربعة أوجه:

[أحدها][5] - وهو ما[6] حكاه الماوردي - رحمه الله - مع طريقة القولين لا غير، وأن أبا الفياض البصرى وأكثر البصريين ذهبوا إليه-: أن القول الأول محمول على ما إذا كان البناء والغراس يسيرًا، وأكثر منافع الأرض [إذا استُرْجِعَتْ باقيًا، والقول الثاني محمول على ما إذا كان البناء والغراس كثيرًا، وأكثر منافع الأرض][7] مشغولاً؛ لفوات المقصود منها؛ فتصير مستهلكة.

والوجه الثاني - وهو ما حكاه ابن الصباغ مع طريقة القولين لا غير-: أن القول الأول محمول على ما إذا كانت قيمة الأرض أكثر وقيمة الغراس والبناء قليلة، والقول الثاني: محمول على ما إذا كانت قيمة الأرض قليلة. وهذه عبارة البندنيجي

---

(١) في ج، د: وإلا.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) في ج: رواه.
(٧) سقط في أ.

والمحاملي وغيرهما، وبينها وبين عبارة الماوردي فرق يظهر لك في باب المزارعة، إن شاء الله تعالى.

والوجه الثالث -وهو ما حكاه القاضي الحسين مع طريقة القولين لا غير-: أن القول الأول محمول على ما إذا رجع في البياض المتخلل بين الأبنية والأشجار، ورضي بمضاربة[(١)] الغرماء بقسط الباقي من الثمن.

والقول الثاني محمول على ما إذا أراد أن يرجع في جميع الأرض وما تحت الأشجار، والأبنية، وغيره.

والوجه الرابع - وهو محكي في «الاستقصاء» بدلاً من الوجه الذي قبله-: أن القول الأول محمول على ما إذا رجع في الأرض وحدها: لأنها عين ماله، والقول الثاني محمول على ما إذا أراد أن يرجع بالأرض مع الغراس والبناء؛ لأن ذلك عين مال المشتري أودعها في الأرض، لا أنه نماء للمبيع؛ فلا يملك الرجوع في الأرض معه.

والصحيح من الطريقين في «التتمة» وغيرها: الأولى، قال القاضي أبو الطيب: لأن من اعتبر أن تكون قيمة الأرض أقل من قيمة البناء في سقوط الرجوع يلزمه أن يقول: إذا بذل البائع قيمة الغراس والبناء لا يكون له الرجوع في الأرض؛ لأنها تبع للبناء والغراس؛ لأن قيمتهما قليلة معه.

التفريع :

حيث قلنا: لا رجوع له في الأرض، ضارب بالثمن مع الغرماء. صرح به القاضي الحسين، وفي «مجموع» المحاملي و«تعليق» البندنيجي و«الرافعي»: أن له مضاربة الغرماء بالثمن، [أو يعود][(٢)] إلى بذل[(٣)] قيمة الغراس والبناء، أو أرش نقصانهما بعد القلع.

وحيث قلنا: الرجوع له، فرجع قال المحاملي: كان له الخيارات الثلاثة؛ كما نقول في المعير والشفيع.

---

(١) في أ: بمساوية.

(٢) في جـ، د: ويعود.

(٣) في جـ، د: بدل.

وقال القاضي الحسين: إنه الظاهر. ثم قال: فإن اختار أحدها[(١)]، وامتنعوا قلع مجانًا.

وحكي عن بعض أصحابنا ما حكيته من قبل. ولو أراد البائع والمفلس والغرماء بيع الأرض وما فيها من الغراس والبناء، بيعت، ودفع لبائع الأرض ما قابل ثمنها، وإلى الغرماء ما قابل ثمن البناء والغراس، لكن هل يدفع إلى البائع ما قابل ثمن الأرض بيضاء، أو ما قابل ثمنها وهي ذات بناء وغراس؟

فيه وجهان حكاهما ابن أبي هريرة، أصحهما في «الحاوي»، وبه جزم البندنيجي: الثاني؛ كما أن النقص في الثوب المصبوغ يحسب على صاحب الصبغ، فيقال على هذا: كم قيمة الأرض [مع البناء والغراس؟ فإذا قيل مائة، قيل: وكم [قيمة][(٢)] الأرض][(٣)] ذات بناء وغراس دونهما، فإذا قيل: تسعون، وجب لبائع الأرض تسعة أعشار الثمن، وفي «الرافعي» وغيره إحالة كيفية التقسيط على ما هو مذكور في كتاب الرهن.

ولو امتنع البائع من بيع الأرض مع البناء والغراس، فهل يجبر عليه؟

المنصوص - وهو [الأصح في «الحاوي» وغيره-:لا.

وحكى ابن سريج قولاً آخر: أنه يجبر كما يجبر على بيع الجارية مع ولدها وعلى][(٤)] بيع الثوب مع صبغه، والقائلون بالأول فرقوا بأن البناء والشجر يمكن إفراده بالبيع دون ما قيس عليه، وحكى المحاملي في «المجموع» مع القولين أن من أصحابنا من قال: إن الأرض والبناء والغراس تؤاجر[(٥)] وتدفع إلى البائع أجرة الأرض، ويكون للمفلس أجرة البناء والغراس تصرف على الغرماء. ثم قال: وهذا لا يصح في الغراس؛ لأنه لا أجرة له.

هذا ما أورده الجمهور في الفرع المذكور، وفي «النهاية» ما يجتمع منه أربعة أقوال فيه:

أحدها: أن بائع الأرض فاقد عين ماله؛ فلا يرجع بحال.

---

(١) في جـ، د: أحدهما.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في الأصول: يؤامروا.

والثاني: أن الأرض والبناء والغراس[١] يباعان معًا كما يفعل في الثوب المصبوغ.

والثالث: أنه يرجع في الأرض، ويتخير بين ثلاثة أشياء، كما في حق المستعير، وإذا عين خصلة من الثلاثة، فاختار المختارَ المفلسُ، والغرماء غيرها، أو امتنعوا من الكل - فوجهان في أنه يرجع في الأرض ويقلعهما مجانًا، أو يجبرون[٢] على ما عينه.

والرابع -حكاه عن العراقيين- أنه إن كانت قيمة الأرض أكثر فهو واجد، وإن كانت قيمة البناء أكثر فهو فاقد، وأن الحكم فيما لو وهب لولده أرضًا، فبنى فيها الولد وغرس، ورام الوالد الرجوع فيها - كالحكم في الأرض المبيعة؛ فتجرى فيها الأقوال.

قال الرافعي: وأنت إذا تأملت هذا الكلام بعد وقوفك على المذهب المعتمد، وتصفحك عن كتب علمائنا، ورأيت ما بينهما من المخالفة الصريحة -قضيت العجب منه، وقلت: ليت شعرى من أين أخذت هذه الأقوال؟!

فرع: لو كان الغراس أيضًا مبتاعًا من آخر، فلكل واحد من البائعين الرجوع فيما باعه، ولبائع الغراس قلعه، ويغرم ما نقص من الأرض بسببه، فإن امتنع من قلعه، وبذل له صاحب الأرض قيمته [قائمًا لم يكن لصاحب الغراس إبقاؤه، وقيل له: أنت مخير بين قلع غراسك أو أخذ قيمته][٣]. ولو امتنع صاحب الأرض من بذل قيمة الغراس وطلب القلع: فإن التزم [أرش نقص][٤] الغراس بالقلع أجيب، وإن امتنع من التزام الأرش، وامتنع صاحب الغراس من قلعه: فهل [يجبر على][٥] القلع؟ فيه وجهان: أحدهما:

لا؛ كالمفلس، وهذا هو الأصح في «حلية» الشاشي.

والثاني: نعم، والفرق: أنه باع الغراس مقلوعًا، [فإذا أخذه مقلوعًا][٦] لم يلحقه ضرر، بخلاف المفلس؛ فإنه قد استقر ملكه على غراس نامٍ، وقلعه يزيل النماء؛ فيلحقه به الضرر.

---

(١) زاد في أ: ما.
(٢) في د: يجرون.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: نقص أرش.
(٥) في جـ: يخير بين.
(٦) سقط في أ.

فرع: لو زرع المشتري الأرض المبيعة، ثم أفلس واختار البائع الرجوع في الأرض جاز؛ لأنه وجد المبيع مشغولاً بما ينقل؛ فلم يمتنع عليه الرجوع؛ كما لو وجد بائع الدارِ الدارَ مشغولة بأمتعة.

وإذا رجع فيها: فإن كان الزرع قد استحصد وجب نقله، وإلا فيبقى إلى أوان الحصاد بغير أجرة، فإن طلب المفلس القطع في الحال، وامتنع الغرماء منه أو العكس -قدم من طلب القطع.

وقال أبو إسحاق: يقدم من طلب الأحظ من الأمرين.

قال: وإن كان للمفلس دين وله به شاهد - أي: وقد أدى بإذن المفلس، ولم **يحلف فهل يحلف الغرماء**[1]**؟ فيه قولان.**

هذه المسألة اختلف أئمة المذهب في نقل القولين فيها:

فالقاضي أبو الطيب والماوردي حكياهما عن القديم والجديد، وكذلك ابن الصباغ حكاه عن الشرح:

أحدهما -وهو الذي قاله في القديم-: أنهم يحلفون؛ لأن المال إذا ثبت استحقوه؛ فكان لهم الحلف على إثباته كالورثة، ولأن الوكيل إذا اختلف مع البائع في قدر الثمن حلف، وحق الغرماء في مال المفلس أثبت من حق الوكيل [في مال الموكِّل[2]، وإذ قد حلف الوكيل][3] فالغرماء أولى.

والثاني -وهو الجديد والصحيح-: أنهم لا يحلفون؛ لأنهم يحلفون لإثبات المال لغيرهم فلا يجوز؛ كما لا يجوز للزوجة أن تحلف لإثبات مال زوجها، وإن كان إذا ثبت تعلقت[4] به نفقتها، وكذلك المستأجر والمرتهن إذا غصبت العين منه، وأراد أن يحلف على إثبات غصبها، ويخالف الورثة؛ فإنهم يثبتون الملك لأنفسهم، والوكيل إن سلم الحكم إليه[5]، فإنه يثبت بيمينه فعل نفسه الذي باشره، ولا يثبت حقًّا لغيره، يدل على ذلك أن الموكل لا يجوز له أن يحلف على ذلك، بخلاف المفلس، والشيخ أبو حامد وراوياه المحاملي والبندنيجي، والإمام والقاضي الحسين نقلوا قول المنع منصوصًا عليه هاهنا، وأنه نص فيما إذا مات من عليه دين وله دين، وامتنع وارثه من

---

(١) زاد في التنبيه: أم لا.
(٢) في جـ: المفلس.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: تعلق.
(٥) في جـ، د: فيه.

الحلف لإثباته - على قولين في القديم، وأن من الأصحاب من خرج من غرماء الميت قولاً إلى غرماء المفلس، وجعل في حلفهم قولين، ومنهم من أجرى النصين على ظاهرهما، وفرق بفرقين:

أحدهما: أن الحق للمفلس؛ فامتناعه عن اليمين يورث ريبة ظاهرة، وفي غرماء الميت الحق كان للميت، وإنما حلف الورثة بناء على معرفتهم بشأن الميت، وقد يكون الغرماء أعرف به.

والثاني: أن غرماء الميت أيسوا من حلفه؛ [فمكنوا من اليمين كي لا يضيع الحق، وغرماء المفلس غير آيسين من حلفه][١]، وهذه الطريقة أصح عند الإمام.

وقال ابن الصباغ حكاية عن الشيخ أبي حامد، قال: والمذهب أنها على قولين، والطريقان يجريان فيما لو كان المدعَى عينًا، وفيما لو لم يكن للمفلس [شاهد ولكنه ادعى، ونكل المدعى عليه عن اليمين، وامتنع المفلس من الحلف.

أما إذا لم يدع المفلس][٢] بالحق، وكذا الوارث فليس للغرماء أن يدعوا، وإذا انتفت الدعوى انتفى طلب استحلاف الخصم وإقامة البينة عليه، وفي «الإشراف» حكاية وجه: أن لهم أن يدعوا ويطلبوا يمين الخصم ويقيموا البينة، وهذا ما حكاه الإمام عن شيخه.

وقال القاضي حسين في كتاب القسامة: إنه يؤخذ من قول الشافعي: ولو لم يقسم الورثة لم يكن لهم ولا لها إلا أيمان المدعى عليهم. والضمير في «لهم» يعود إلى غرماء الميت، وفي «لها» يعود على أم الولد إذا أوصى لها سيدها بقيمة عبد فقتل،[٣] واللَّوْث موجود.

فرعان:

على قولنا: إن الغرماء يحلفون:

[أحدهما:][٤] لو حلف بعضهم دون البعض استحق الحالفون بالقسط؛ كما لو حلف بعض الورثة على دينٍ لمورثهم. صرح به الماوردي، وابن كج.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في د.
(٣) في أ، د: يقبل.
(٤) سقط في أ.

الثاني: لو حلفوا، ثم أبرءوا عن ديونهم، فالمحلوف عليه يكون لهم ويلغو الإبراء، أو يكون للمفلس، أو يبقى على المدعى [عليه][(١)]، ولا يستوفى أصلاً؟ فيه ثلاثة أوجه، صرح بها ابن كج، والثالث منها هو المذكور في «زوائد العمراني» في كتاب الشهادات في غرماء الميت.

واعلم أن ما ذكرناه من الأحكام في رجوع البائع في المبيع يجرى في رجوع المستأجر شخصًا على عمل في الذمة، إذا كانت الأجرة باقية، وكذا الأجير[(٢)] عند فلس المستأجر بالأجرة قبل انقضاء مدة الإجارة على الأصح، وله بعد الرجوع في المبيع إذا كان أرضًا -وهي مشغولة بزرع المفلس- أجرة مثل ما بقي من المدة مقدمًا به إن رضي الغرماء بذلك، وإلا فله قلعه مجانًا، وليس له القلع مع الرضا، [وكذا للمسلم[(٣)] عند فلس المسلم إليه وبقاء رأس المال: الفسخ والرجوع إلى رأس المال، وكذا عند تلفه عند أبي إسحاق والصيدلاني وابن سريج، ولكنه يضارب برأس المال، وينزل ذلك منزلة انقطاع المسلم فيه.

[وعلى هذا: فهل يجيء قولٌ بانفساخ المسلم فيه؟ فيه وجهان:][(٤)]

والأصح خلاف ما قاله أبو إسحاق وغيره؛ بل يتعين حقه في المضاربة: فإن كان ما يخصه من الموجود من جنس حقه سلم إليه، وإلا اشتري له، ودفع إليه[(٥)].

وهذا إذا لم يكن المسلم][(٦)] فيه منقطعًا، أما إذا كان فعلى وجهٍ: ليس للمسلم الفسخ أيضًا؛ لأنه لا بد من المضاربة فَسَخَ أو لم يفسخ بالإفلاس، والإفلاس إنما يفسخ به حيث يتخلص عن المضاربة، والأصح: أن له الفسخ.

وفائدته تسليم ما يحصل له من رأس المال إليه، بخلاف ما إذا ضارب بقيمة المسلم فيه؛ فإنه يحفظ له حتى يشترى له به من جنس حقه.

وحكم غرماء الميت إذا مات مفلسًا حكم غرماء المفلس بعد الحجر، لكنا ذكرنا في جواز الحجر عليه إذا كانت أمواله تساوي ديونه وجهين خشية من تبذيره، وهاهنا هذا المعنى مفقود، مع أن الورثة ممنوعون من التصرف في التركة [حتى يوفى

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: لأجر.
(٣) في جـ: المسلم.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: له.
(٦) سقط في د.

الدين](١) ؛ فيكون حكمه في هذه الحالة حكم الموسرين فلا يتمكن من باع منه عينًا، ولم يقبض ثمنها وهي باقية أن يرجع فيها.

وقد ذهب الإصطخري إلى أنه إذا مات موسرًا أن للبائع أن يرجع في عين ماله؛ تمسكًا بظاهر الخبر، وقوله يجري هنا.

ولو قال الوارث للبائع - في الصورة التي يجوز له الرجوع في المبيع-: أنا أعطيك الثمن من مالي، فهل يمتنع عليه بذلك الرجوع؟ فيه وجهان، أصحهما - وبه جزم أكثرهم-: أنه لا يمتنع، والله أعلم.

* * *

(١) سقط في أ.

فهرس المحتويات

* * *

KIFĀYAT AL-NABĪH ŠARḤ AL-TANBĪH

by

Imām Najmuddīn Ibn al-Rif^cah

Edited by

Dr. Majdi Muḥammad Surūr Bāsallūm

Volume IX

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban